Die Grundlagen des Wandlungs- und Minderungsrechts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Wilhelm Rößner

Gerichtsreferendar aus Frankfurt a/M.

MARBURG 1929

Buchdruckerei von Joh. Hamel

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 12. Mai 1928.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Professor Dr. Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Seite

I. **Kapitel**: Geschichtliche Entwicklung.
A. Römisches Recht.
1. Das Zivilrecht bis zu dem aedilizischen Edikt 1
2. Das aedilizische Edikt und sein Einfluß auf das private Recht 11
B. Das altdeutsche Recht.
1. Die Entwicklung bis zur Rezeption des römischen Rechts 17
2. Beeinflussung derselben durch die Rezeption 17
C. Die neuere deutsche Gesetzgebung
II. **Kapitel**: Rechtsnatur und Vollzug der Wandlung und Minderung.
A. Würdigung der Vertrags- und Herstellungstheorie.
1. Materiellrechtliche Betrachtungen 18
2. Die prozessuale Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche 36
3. Der Gerichtsstand bei der Wandlungsklage 46
B. Die Rechtsprechung über die Gewährleistungsansprüche
III. **Kapitel**: Gibt es neben den Gewährleistungsansprüchen noch einen Schadenersatzanspruch allgemeiner Natur?
A. Stellungnahme zu den in der Wissenschaft vertretenen Ansichten 51
B. Unterliegt der Schadenersatzanspruch allgemeiner Natur ebenfalls der kurzen Verjährung des § 477 BGB? 57

Schrifttum.

Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht. I. Teil: Geschichte des Kaufs im römischen Recht. Erlangen 1876.

Biermann: Die Klage des wandlungsberechtigten Käufers nach dem Rechte des BGB. Arch. f. ziv. Frax. Bd. 95, S. 315 ff.

v. Blume: Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung in Iherings Jahrb. Bd. 55, S. 209 ff.

Corpus Juris Civilis (Paul Krüger und Theodor Mommsen). Berlin 1899.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts II. Bd. (Recht der Schuldverhältnisse) Tübingen u. Leipzig 1902.

Cropp: Gewährleistung für Mängel der verkauften Sache nach germanischen Rechten. (Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen Bd. 1, Nr. 11, S. 163 ff.)

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. Halle a. S. 1899.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. II. Aufl., III. Bd., Mannheim und Leipzig 1913.

Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nacb dem BGB. Gruchots Beiträge Bd. 43, S. 305 ff. Berlin 1899.

Eck: Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach römischem und gemeinem Recht. Halle 1874.

Ehrlich: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kauf. (Inaug. Diss.) Greifswald 1900.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. Bd. 9. Aufl. Berlin 1903.

Engeling: Worin unterscheidet sich nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Haftung des Verkäufers und des Unternehmers hinsichtlich der Fehler und Mängel der Kaufsache und des Werks? (Inaug. Diss.) Borna-Leipzig 1902.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 18./22. Aufl. Bd. I, Abt. 2, Recht der Schuldverhältnisse. Marburg 1923.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. I. Lesung. Amtl. Ausgabe. Berlin 1888.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. II. Lesung. Amtl. Ausgabe. Berlin 1894.

Flechtheim: Aufhebungsanspruch und Einrede. Gruchots Beiträge Bd. 44, S. 65 ff. Berlin 1900.

Francke: Zur Wandlung des Kaufs nach dem BGB. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 72, S. 517 ff. Nürnberg 1907.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. 2. Aufl., I. Bd.

Hanausek: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts. Berlin 1883.

Haymann: Zur Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandlungsanspruchs. Gruchots Beiträge Bd. 46, S. 509 ff. Berlin 1902.

Hellwig: System des deutschen Zivilprozesses. Leipzig 1912.

Herbst: Klagantrag und Urteilstenor bei Wandlungsklagen. Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. 1. Jahrg. 1905, S. 441.

Heuer: Ueber die Form des Klageantrags und Urteilstenors bei Wandlungsklagen. Im „Recht" 1902, S. 97 ff.

Holländer: Die Haftung des Verkäufers und Vermieters einer Gattungssache bei mangelhafter Vertragserfüllung. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 113, S. 124 ff.

Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. Leipzig 1908.

Ihering: Der Zweck im Recht. Leipzig 1898.

Jörs: Das römische Recht in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Karl Birkmeyer. Berlin 1901.

Karlowa: Römische Rechtsgeschichte. Leipzig 1901.

Kipp: Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen. DJZ. 1903, S. 253 ff.

Kloß: Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache. Sächs. Arch. f. bürg. R. u. Proz. Bd. IX, S. 273 u. 314. Leipzig 1899.

Kohler: Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß. Arch. f. ziv. Prax., Bd. 80, S. 288.

Kommentar der Reichsgerichtsräte, 6. Aufl., II. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse II (einzelne Schuldverhältnisse). Berlin u. Leipzig 1928.

Kraut: Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht. Berlin u. Leipzig 1886.

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum BGB. Eine dogmatische Einführung in das Studium des BGB. Berlin 1898.

Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. München 1906.

Leonhard, Franz: Bürgerliches Recht, ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. Berlin 1923.

Leonhard, F., Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluß. Göttingen 1896.

Leonhard, F., Verschulden beim Vertragsschlusse. Berlin 1910.

Leonhard, F.: Erfüllungsort und Schuldort. Berlin 1910.

Lobe: Die Vorschriften des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs §§ 462 und 465 über die Wandlung und ihre praktische Bedeutung. Sächs. Arch. f. bürg. R. u. Proz. Bd. IX S. 104 ff. Leipzig 1899.

Matthiaß: Die Wandlung nach dem BGB. DJZ. 1902 S. 205 ff.

v. Mayr: Geschichte und System des römischen Rechts. Berlin 1908

Merbach: Inhalt und Ziel des Rechts auf Wandlung. Vertrags- oder Restitutionstheorie? (Inaug. Diss.) Dresden 1908.

Müller, E: Der Sukzessivlieferungsvertrag. Gruchots Beiträge Bd. 50 S. 508 ff.

Müller, Gustav: Vollzug der Handlung und Preisminderung. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 69 S. 45 ff.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich 5. Aufl. I. Bd. Berlin 1909.

Oertmann: „Das Kaufgeschäft" in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts 4. Bd. II. Abt. Leipzig 1918.

Oertmann: Ein Beitrag zur Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse, insbesondere für Verschulden des Bestellers beim Abschlusse des Werkvertrages. Leipziger Zeitschrift VIII. Jahrg. 1914 Sp. 513 ff.

Oertmann: Kommentar zum BGB., 3. u. 4. Aufl. (Schuldverhältnisse) I. Bd. Berlin 1910.

Oertmann: Zur Lehre von der Wandlung. „Recht" 1904 S. 4 ff. und 25 ff.

Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II. Bd. (Recht der Schuldverhältnisse) 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1923.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs; bearbeitet von Achilles, Gebhard u. Spahn. I. Bd. Berlin 1897.

Schöller: Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB. Gruchots Beiträge Bd. 46 S. 1 ff.

Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1904.

Schollmeyer: Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. Iherings Jahrb. Bd. 49 S. 93 ff.

Schröder: Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf. Berlin 1903.

Schultze: Findet die kurze Verjährung des § 477 BGB. auch auf den aus allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts, insbesondere aus § 276 BGB. dem Käufer wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung der Kaufsache zustehenden Schadensersatzanspruch Anwendung? Arch. f. bürg. R. Bd. 30 S. 143ff.

Seidelmayer: Ueber die rechtliche Natur des Wandlungs- und Minderungsanspruchs des Käufers nach BGB. Gruchots Beiträge Bd. 57 S. 253 ff.

Staub: Die positiven Vertragsverletzungen. Berlin 1904.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 12. Aufl. I. Bd. Tübingen 1925.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 12. Aufl. II. Bd. Tübingen 1926.

Stobbe-Lehmann: Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl. Berlin 1898.

Thiele: Die Vollziehung der Wandlung und der Minderung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93 S. 387 ff.

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs II. Bd. 1. Hälfte. München u. Leipzig 1914.

Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht. Leipzig 1900.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Wlassak: Zur Geschichte der negotiorum gestio. 1879.

Wolff, Max: Ueber den Umfang des Wandlungsanspruchs. Gruchots Beiträge Bd. 48 S. 503 ff.

I. Kapitel.

Geschichtliche Entwicklung.

A. Römisches Recht.

Die Manzipation des römischen Zivilrechts begründete nur ganz bestimmte eng umgrenzte Verpflichtungen des Verkäufers, die sich auf die rechtlichen Verhältnisse der Kaufsache bezogen; für die Beschaffenheit der Ware dagegen entstand auf Grund der Manzipation keinerlei Haftung des Verkäufers.[1]) Dem Käufer standen zur Geltendmachung der sich für ihn unmittelbar aus der Manzipation ergebenden Rechte bei beweglichen Sachen die actio auctoritatis, bei Grundstücken die actio de modo agri zur Verfügung.

Die Absicht des Käufers bei der Manzipation — der ältesten Form des Kaufs[2]) — war im wesentlichen auf den Erwerb des Eigentums an der gekauften Sache gerichtet. Da das römische Recht jedoch keinerlei Bestimmungen getroffen hatte, um bei vorliegend bestimmten Voraussetzungen einen endgültigen Eigentumserwerb festzustellen, ihm mit anderen Worten ein Eigentumserwerb auf Grund guten Glaubens fremd war, haftete jeder auf Eigentumserwerb gerichteten Manzipation selbst bei sorgfältigster Vorprüfung der Rechtsverhältnisse ein Moment der Unsicherheit an; denn war der Verkäufer oder einer seiner Vorgänger nicht Eigentümer der von ihm verkauften Sache, so konnte auch der Käufer kein Eigentum an dieser Sache erwerben. Wurde ihm aber in diesem Falle die gekaufte Sache durch einen Dritten, der sein Eigentum nachweisen konnte, evinziert, so hatte er

---

[1]) Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht I. Teil: Geschichte des Kaufs im römischen Recht. S. 367 ff.; v. Mayr; Geschichte u. System des römischen Rechts S. 611.

[2]) Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware, I. Abt. S. 42 Anm. 6.

sowohl den Verlust der Sache, als auch des dafür bezahlten Kaufpreises zu beklagen.

Diese für den Käufer bei Abschluß der Manzipation bestehende Gefahr der Eviktion wurde wesentlich verringert durch die Möglichkeit, innerhalb einer kurzen Zeit durch Ersitzung das bei der Manzipation zunächst fehlende Eigentum zu erlangen[1]). Für die Zeit der Ersitzung aber bedurfte es eines weiteren Schutzes des Käufers, um ihn vor dem Schaden einer Entwehrung zu bewahren. Die Sicherung in dieser Richtung erfolgte durch die mit der Manzipation verbundene Garantie des Verkäufers, dafür einzustehen, daß die Sache nicht im Eigentum eines Dritten stand. Ob diese Garantiepflicht sich unmittelbar aus der Manzipation ergab[2]), oder ob es eines ausdrücklichen Zusatzes zur Manzipation, einer sogenannten nuncupatio bedurfte[3]), gehört nicht in den Rahmen dieser Erörterung. Machte ein Dritter Eigentumsrechte an der gekauften Sache gegenüber dem Käufer geltend, so war der Verkäufer auf Grund der sich aus der Manzipation ergebenden Garantie verpflichtet, dem Käufer in dem Prozesse beizustehen und ihm zum Siege zu verhelfen.[4]). Unterlag der Käufer im Rechtsstreit, oder leistete ihm der Verkäufer keine Unterstützung, so hatte er eine auf das Doppelte des Kaufpreises gehende Klage gegen den Verkäufer[5]), die actio auctoritatis.

Bei dem Verkauf von Grundstücken bedurfte es in Ermangelung der Anwesenheit der Sache bei Vornahme des Manzipationsaktes einer genauen Bezeichnung desselben nach Lage und Namen, der Angabe des Flächenmaßes (modo agri) und der Aufnahme dieser Merkmale in das Manzipations-

[1]) L. 3 D. de usurp. 41, 3; Bechmann a. a. O. S. 106.

[2]) So Bechmann a. a. O. S. 95 ff, u. Degenkolb, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. IX S. 158.

[3]) Vergl. Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach römischem und gemeinem Recht S. 3 ff.; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte S. 371,

[4]) Bechmann a. a. O. S. 116 ff.

[5]) Cic. de offic. III., 16.

formular [1]). Stellte es sich nachträglich heraus, daß das verkaufte Grundstück nicht die im Formular angegebene Größe hatte, so handelte es sich nicht etwa um eine mangelnde Eigenschaft des Grundstücks, sondern es fehlte ein Stück des Eigentums; es handelte sich also um einen Mangel im Recht, nicht um einen Qualitätsmangel [2]). In diesem Falle konnte der Käufer mit der actio de modo agri, einer ebenfalls auf das Doppelte des Kaufpreises gerichteten Strafklage, gegen den Verkäufer vorgehen.

Die beiden vorerwähnten Klagen hatten ihren Ursprung in der Manzipation. Sie gewährten dem Käufer jedoch keinen Anspruch wegen heimlicher Sachmängel der verkauften Ware. Eine Aenderung dieser Rechtslage trat erst mit der Umwandlung des Kaufs in einen Konsensualkontrakt und mit der Aufnahme des Zusatzes „ex fide bona" in die Formel ein. Die Berücksichtigung der bona fides führte im Laufe der Entwicklung bis zur Kaiserzeit zu dem Ergebnis, daß nicht nur in den Fällen eine Haftung eintrat, in denen der Verkäufer arglistig Mängel verschwiegen hatte, sondern auch regelmäßig dann, wenn der Verkäufer entgegen den Erfordernissen der bona fides nachlässig (schuldhaft) gehandelt hatte [3]). Fiel dagegen dem Verkäufer kein Verschulden zur Last, so war der Käufer, um sich vor heimlichem Mängeln zu schützen, auf seine eigene Fürsorge und geschäftliche Erfahrung angewiesen.[4]) Es war an ihm gelegen, den Ver-

---

[1]) Bechmann a. a. O. S. 247; Hanausek S. 42.

[2]) Ebenso Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht, § 6 Anm. 6 u. Bechmann a. a. O. S. 247.

[3]) Vgl. Franz Leonhard, Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluß, S. 6 ff. — a. M. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts S. 685 Anm. 3; Bernhard Kübler, Geschichte des römischen Rechts S. 179 u. a, die die Haftung des Verkäufers nicht bei jedem schuldhaften, sondern nur bei arglistigem Verhalten des Verkäufers eintreten lassen wollen.

[4]) Bechmann a. a. O. S. 395.

unzüchtige Schriften vergiftet wurde u. s. f. Die dritte Art käufer zu veranlassen, die Haftung für Mängel durch einen besonderen neben der Manzipation einhergehenden Vertrag zu übernehmen. Allerdings haftete der Verkäufer nicht aus formlos vor oder nach Kaufabschluß abgegebenen Versprechen, sogenannte dicta oder promissa, es sei denn, daß diese eine Modifikation der actio auctoritatis oder der actio de modo agri darstellten [1]). Es bedurfte vielmehr eines besonderen Formalversprechens, einer Stipulation, zur Begründung einer Haftung des Verkäufers für Mängel, und diese Stipulation, die auf das Doppelte des Kaufpreises ging — daher stipulatio duplae — bildete den rechtlichen Grund für die Geltendmachung der Ansprüche des Käufers wegen etwaiger zu Tage getretener Mängel.

Die weitere Entwicklung des Gewährschaftsrechts wurde entscheidend durch das Edikt der keerulischen Aedilen beeinflußt.

Die Aedilen [2]) des alten Roms waren Verwaltungsbeamte, deren Aufgabe darin bestand, die den leiblichen und seelischen Interessen des Volkes dienenden Einrichtungen zu beaufsichtigen. Ihre Tätigkeit lag in der Hauptsache auf drei Gebieten. Zunächst hatten sie für die physische Wohlfahrt des Volkes Sorge zu tragen und die diesem Zwecke dienenden Anstalten wie Bäder, Volksküchen, Wasseranlagen u. s. f. zu überwachen. Zur Wahrung der idealen Interessen hatten sie ihr Augenmerk darauf zu richten, daß bei Veranstaltung von Volksfesten der Rahmen des Anstands nicht überschritten wurde, die Volksmoral nicht durch

---

[1]) Vgl. hierzu die ausführliche Begründung bei F. Leonhard, Verschulden bei Vertragsschluß S. 23 ff.

[2]) Ueber die Bedeutung der Aedilen vgl. des näheren v Ihering, Zweck im Recht, II. Bd. S. 507 ff.; Mommsen, Staatsrecht Bd. II S. 470 ff.; Wlassak a. a. O. S. 168 ff.; Bechmann a. a. O. S. 395 ff; Hanausek, a. a. O. Bd. I S. 19 ff.; Karlowa a. a. O. S. 1288.

ihrer Tätigkeit bestand in der Ueberwachung des Handels und Verkehrs, der Maße, Gewichte, Münzen u. s. f., sowie in der Ausübung der Marktpolizei. Letztere beschränkte sich im wesentlichen auf Anordnungen, die im Wege polizeilicher Verfügungen erlassen wurden, sowie einer in Marktsachen ausgeübten Jurisdiktion [1]).

Im Marktverkehr stand oftmals der in geschäftlichen Dingen unerfahrene Käufer dem geriebenen, durch seine vielseitigen Erfahrungen mit allen Wassern gewaschenen Verkäufer gegenüber, dem es bei der Unterlegenheit seines Geschäftsgegners ein leichtes war, diesen zu übervorteilen. Abgesehen davon waren die Verkäufer in der Lage, durch wirtschaftliche Zusammenschlüsse ihre rechtlichen Interessen in verstärktem Maße gegenüber den Käufern geltend zu machen, zumal im Sklavenhandel — der allein hier zunächst in Betracht kommt — die Nachfrage meist stärker war als das Angebot [2]). Allein diese Gründe würden nicht ausreichen — wie *Leonhard* [3]) bereits zutreffend hervorgehoben hat — um ein Eingreifen der Obrigkeit zu Gunsten einer Vertragspartei zu rechtfertigen. Der Hauptanlaß zum Erlaß des aedilizischen Edikts lag darin, daß im Falle des Verkaufs eines mit einer Vergehensstrafe belasteten Sklaven der Käufer in unbilliger Weise geschädigt wurde; denn da es sich bei der noxa weder um eine Ausschließung des Eigentums noch um eine dingliche Belastung handelte [4]), versagte die actio auctoritatis. Im Falle einer Stipulation aber war der Verkäufer nur zum Ersatze des geringsten Preises verpflichtet, zu dem er den Sklaven hätte verkaufen können [5]).

Um die rechtliche Stellung des Käufers gegenüber den

[1]) Bechmann a. a. O. S. 412; Hanausek a. a. O. Bd. I S. 19 f.
[2]) Vgl. Leonhard a. a. O. S. 54; Bechmann a. a. O. S. 395.
[3]) Leonhard a. a. O. S. 55, 56.
[4]) Bechmann a. a. O. S. 394; Leonhard a. a. O. S. 55.
[5]) 1. 23 § 8, 1. 31 pr., 1. 29 § 3 D, de aed. ed. 21,1.

überlegenen Verkäufern zu stärken, übten die Aedilen ursprünglich, wie bereits oben angedeutet wurde, durch Erlaß polizeilicher Vorschriften eine obrigkeitliche Aufsicht aus. Daß auf diesem Wege nur der Handelsverkehr mit Gegenständen von nur geringer Bedeutung beeinflußt werden konnte, ist selbstverständlich, da bei Sklaven eine vorhergehende sowohl die rechtlichen als auch die tatsächlichen Verhältnisse betreffende Prüfung der Aufsichtsbehörde ebensoviel Schwierigkeiten bereitet haben würde wie dem Käufer. Die Obrigkeit verzichtete daher darauf, durch eigenes unmittelbares Eingreifen ihren Einfluß zu Gunsten des Käufers geltend zu machen, gab diesem vielmehr die Möglichkeit an die Hand, sich durch eigene Tätigkeit vor Schaden zu schützen [1]). Diese mittelbare Unterstützung des Käufers war ein Ausfluß der den Aedilen zustehenden Spezialjurisdikation bezüglich der auf dem Markte abgeschlossenen Geschäfte [2]) und fand ihren Niederschlag in dem aedilitischen Edikt [3]), das sich nur auf Sklaven- und Viehkäufe bezog.

Das „Sklavenedikt“ [4]), das zunächst behandelt werden soll, bestimmte, daß der Verkäufer unaufgefordert bei Abschluß des Kaufs durch mündliche Erklärung den Käufer von etwa bestehenden Fehlern des zu verkaufenden Sklaven in Kenntnis setzte. Unterließ der Verkäufer diese ihm zur Pflicht gemachte Augabe der Mängel [5]), so konnte der Käufer nachträglich und zwar innerhalb zweier Monate ein Formularversprechen und damit eine Garantieübernahme des Ver-

---

[1]) Bechmann a. a. O. S. 397.

[2]) So v. Mayr a. a. O. S. 612 ff. u. Bechmann a. a. O. S. 412; a. M. Karlowa a. a. O. S. 1288.

[3]) D., 21,1 de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris. cf. Ferner Bechmann a. a. O. § 51; Hanausek a. a. O. §§ 1 ff.; v. Mayr a. a. O. S. 612 ff.; Jörs, Das römische Recht in Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft S. 141; Karlowa a. a. O. S. 1288 ff.

[4]) Bechmann a. a. O. S. 398 Anm. 1.

[5]) Es kamen nur eine bestimmte Anzahl, die sogen. aedilitischen Mängel in Betracht.

käufers erzwingen[1]). Ein Zwang wurde insofern auf den Verkäufer ausgeübt, als die Aedilen dem Käufer im Falle der Verweigerung der Stipulation eine actio gewährten, die unmittelbar auf Rückerstattung des Kaufpreises gegen gleichzeitige Rückgabe des Sklaven ging, die actio redhibitoria[2]). Weigerte sich der Verkäufer trotz dieser actio die von ihm verlangte Garantie nachträglich zu übernehmen und verweigerte er ferner die Rücknahme der Kaufsache, so erfolgte seine Verurteilung in das Doppelte des Kaufpreises[3]). Die actio redhibitoria war ihrer rechtlichen Natur nach, wie sich aus der Verurteilung in das duplum ergibt, eine Strafklage[4]), die jedoch wegen ihrer entscheidenden Beeinflussung der Wirkungen des Kaufs auch für das Zivilrecht von ausschlaggebender Bedeutung war.

Das aedilitische Edikt blieb auf dieser Entwicklungsstufe nicht stehen. Unter Berücksichtigung der recht kurzen Frist von zwei Monaten, die dem Käufer zur nachträglichen Erzwingung einer Stipulation gewährt wurden, schien es billig, dem Käufer eine noch weitergehende Hilfe zu gewähren. Hatte der Käufer bei Kaufabschluß und auch nachträglich keine Garantie erhalten, so wurde ihm zur nachträglichen Erlangung derselben das Recht zugebilligt, innerhalb sechs Monate Ersatz des Minderwertes, den die Kaufsache infolge des vorhandenen Fehlers hatte, zu verlangen (actio quanti minoris, aestimatoria). Das Recht, während zweier Monate die actio redhibitoria und während sechs Monate die actio quanti minoris anzustrengen, war eine Folge der Unterlassung der Garantiestipulation seitens des Verkäufers, gleichgültig, ob sich während dieser Zeit

[1]) 1. 37. § 1 D. de evict. 21, 2.

[2]) Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata, quasi redditio; 1. 21 pr. D. 21, 1.

[3]) L. 45 D. eod.

[4]) 1. 23 § 4 D., de aed. ed. 21,1; v. Mayr a. a. O. S. 612; Bechmann a. a. O. S. 404; Wlassak a. a. O. S. 175 ff.; F. Leonhard a. a. O. S. 61.

ein Mangel zeigte oder nicht. Trat aber ein aedilitischer Mangel zu Tage, so gewährte das aedilitische Edikt die actio redhibitoria während sechs Monate, die auf Preisminderung gehende actio quanti minoris während eines Jahres.[1]) Die rechtliche Grundlage dieser letztgenannten Ansprüche kann nicht in formellen Zusagen liegen, da die bei Entdeckung der Mängel gegebenen Klagen unabhängig davon gewährt wurden, ob stipuliert war oder nicht, vielmehr war es das Hervortreten der Mängel selbst, also ein materieller Umstand, der die Grundlage dieser actiones bot (sogenannte materielle Funktion der actio redhibitoria)[2]).

Vergleicht man nun die rechtliche Stellung desjenigen, der sich in Ermangelung einer Garantieübernahme der aedilitischen Klagen bediente, mit der Rechtsstellung desjenigen, der sich hatte stipulieren lassen, so fällt sofort ein wesentlicher Unterschied bezüglich der Art der prozessualen Geltendmachung der verschiedenen Ansprüche in die Augen. Demjenigen, dem stipuliert wurde, stand eine Schadenersatzklage zu[3]), die die Geltendmachung des durch das Auftreten der Mängel eingetretenen Schadens zum Ziele hatte.

Dieser Schadenersatzanspruch ging zwar auf das ganze Interesse, jedoch war der Kläger genötigt, seinen Schaden zu beweisen, eine Prozeßhandlung, die mit Schwierigkeiten verknüpft ist und im Falle des Mißlingens das Unterliegen im Prozesse zur Folge hat. Obwohl der Schadensersatzanspruch anf Grund einer Stipulation den ganzen Schaden umfaßte, befand sich der Kläger, der auf Grund des aedilitischen Edikts klagte insofern in einer besseren Lage, als er dieses ungewissen Beweisantritts enthoben war, da der von ihm geltend gemachte Betrag von vornherein feststand. Es entsprach daher den Erfordernissen der Billigkeit, dem vorsichtig handelnden Käufer, der sich hatte stipulieren lassen, neben seiner gefährlicheren actio ex stipulatu die aedilitischen

[1]) Ulpian L. 19 § 6 D. 21,1.
[2]) Bechmann a. a. O. S. 405; F. Leonhard a. a. O. S. 56.
[3]) Vgl. Bechmann a. a. O. S. 407.

Klagen zu geben, allerdings nur unter der Voraussetzung, das der Mangel, wegen dessen stipuliert war, innerhalb zwei bezw. sechs Monaten entdeckt wurde [1]).

Das den Verkauf von Lasttieren behandelnde Edikt war in seinem Aufbau einfacher als das Sklavenedikt, insofern es keinen Garantiezwang kannte, sondern die actio redhibitoria sofort in ihrer „materiellen Funktion [2])“ in Wirksamkeit trat. Andererseits machten es die Aedilen dem Verkäufer zur Pflicht, nicht nur, wie beim Sklavenkauf gewisse Mängel anzugeben, sondern Angaben bezüglich aller vorhandenen Mängel zu machen [3]). Die Veranlassung zum Erlaß dieses „Jumentenedikts“ war die Schwierigkeit, bei lebenden Wesen die Mängel innerhalb kurzer Zeit zu entdecken. Obwohl in vielen Fällen auch der Verkäufer den Mangel nicht kannte, haftete er dennoch dafür, da das aedilitische Edikt die Haftung des Verkäufers für Mängel der Ware nicht von einem Verschulden desselben abhängig machte [4]).

Das aedilitische Edikt bezog sich nur auf die der Jurisdiktionsgewalt der Aedilen unterliegenden Marktkäufe. Für alle übrigen Käufe bestimmte das bürgerliche Recht, von der bonae fidei-Natur des Kaufvertrags ausgehend, daß der Verkäufer nicht nur wegen der Mängel ersatzpflichtig ist, deren Abwesenheit er ausdrücklich zugesichert, sondern auch wegen Mängel, die er kannte, aber absichtlich verschwiegen hatte [5]). Allmählich aber wandten die römischen Juristen die im aedilitischen Edikt entwickelten Grundsätze auf alle Käufe an, eine Entwicklung, die bereits zu Zeiten Justinians ihren Abschluß gefunden hatte [6]).

---

[1]) Bechmann a. a. O. S. 408.

[2]) Vgl. oben S. 9

[3]) Bechmann a. a. O. S. 410.

[4]) Vgl. hierzu des näheren F. Leonhard a. a. O.

[5]) Diese Regelung galt zunächst nur für Grundstücke und wurde einem Bericht Ciceros zufolge bereits im 7. Jahrhundert aufgestellt. Vgl. Ciceros de offic. III c 16; F. Leonhard a. a. O. S. 7 ff.

[6]) L. 1. pr. D. de aed. 21, 1.

B. Das altdeutsche Recht.

Das altdeutsche Recht kannte eine Haftung des Verkäufers für Mängel der Sache in einer sehr abgeschwächten Form [1]). Hatte der Käufer die Sache angenommen, so mußte er etwaige Mängel sofort rügen und die Ware zurückweisen, andernfalls der Verkäufer nicht haftete; hatte er sie aber besehen und in seine Gewere genommen, so entfiel jede Haftung des Verkäufers [2]), — wer närrisch kauft, muß weislich bezahlen — insbesondere für solche Mängel, die ihm selbst unbekannt waren [3]). Handelte es sich allerdings um schwer erkennbare Fehler, oder verschwieg der Verkäufer absichtlich vorhandene Mängel, so konnten sie auch noch nach Empfang der Ware geltend gemacht werden [4]).

Der Viehkauf war einer besonderen Regelung unterworfen. Der Verkäufer haftete zunächst nur für ganz bestimmte, durch das Gesetz als Hauptmängel [5]) bezeichnete Fehler und auch dann nur für den Fall, daß diese innerhalb gesetzlich bestimmter Fristen zu Tage getreten [6]) und dem Verkäufer oder Gericht mitgeteilt wurden. Die Minderungsklage war jedoch beim Viehkauf völlig ausgeschlossen.

Mit der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland wurde die Mängelhaftung des Verkäufers wesentlich verschärft. Dem Käufer wurde auch bei vorbehaltsloser

[1]) Daß eine Haftung des Verkäufers hinsichtlich der Ware bestand, ergibt sich schon aus den Grundsätzen über Treu und Glauben; vgl. Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts S. 527; Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts S. 304.

[2]) Cropp, Gewährleistung für Mängel der verkauften Sache nach germanischen Rechten (Heise u. Cropp, Juristische Abhandlungen, Bd. I, Nr. 11, S. 171 ff.

[3]) Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht § 129 Anm. 3.

[4]) Vgl. Stobbe-Lehmann a. a. O. S. 305.

[5]) Vgl. Stobbe-Lehmann a. a. O. S. 309 u. das dort zahlreich angegebene Schrifttum; ferner Hübner a. a. O. S. 529.

[6]) Diese Fristen waren sehr kurz und schwankten zwischen drei Tagen und einem Monat; vergl. hierzu Kraut a. a. O. § 129 Anm. 14, 18, 19.

Annahme der Kaufsache die aedilitischen Klagen und im Falle besonderer Zusagen oder absichtlichen Verschweigens von Mängel die Interessenklage gewährt[1]).

C. Die neuere deutsche Gesetzgebung.

Die neuere deutsche Gesetzgebung lehnte sich eng an die römischen Rechtsgedanken an. Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch von 1861[2]) bestimmte, daß nicht nur wegen wesentlicher Mängel gehaftet werden solle, sondern daß die Ware auch die Eigenschaften aufweisen müsse, die bei ihr als gewöhnlich vorausgesetzt werden. Anders blieb es allerdings für den Viehhandel, wo auch weiterhin nur für besonders schwere sogenannte Hauptmängel gehaftet wurde. Dem Käufer standen zur Geltendmachung seiner Ansprüche, wie im römischen Recht, der Wandlungs- oder Minderungsanspruch und bei Zusagen bestimmter Eigenschaften oder absichtlichen Verschweigens von Fehlern ein Schadensersatzanspruch zu. Der Wandlungsanspruch verjährte nach dem Allgemeinen Landrecht[3]) in sechs Monaten, der Minderungsanspruch innerhalb eines Jahres[4]).

II. Kapitel.

Rechtsnatur und Vollzug der Wandlung und Minderung.

A. Würdigung der Vertrags- und Herstellungstheorie.

Von einer Erörterung der Gewährleistungsansprüche im einzelnen soll in der Arbeit abgesehen werden. Es soll vielmehr nur die juristische Konstruktion der Gewährleistungsansprüche, die seit über zwei Jahrzehnten den Gegen-

[1]) Siehe oben S. 16.

[2]) Art. 335: Ist im Vertrag über die Beschaffenheit und Güte der Ware nichts näheres bestimmt, so hat der Verpflichtete Handelsgut mittlerer Art und Güte zu gewähren.

[3]) A. L. R. I. 5. § 343; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts § 393 a. E.

[4]) Anders das A. D. H. G. B. Art. 349 Abs. 2, 350.

stand lebhafter Auseinandersetzungen bildet, einer näheren Untersuchung unterzogen werden. Besonders hält der Verfasser deshalb eine nochmalige eingehende Behandlung des vorerwähnten Streitpunktes iür geboten, weil namhafte ursprüngliche Vertreter der Vertragstheorie [1]) in das gegnerische Lager übergegangen sind und insbesondere auch das Reichsgericht in letzter Zeit die von ihr bisher verfochtene Vertragstheorie zu Gunsten der Herstellungstheorie aufgegeben hat [2]).

Die Vertragstheorie geht davon aus, daß dem Käufer einer mangelhaften Sache auf Grund der Gewährleistungsansprüche ein gegen den Verkäufer gerichteter Anspruch auf Abschluß eines Vertrags zusteht, durch den der urspüngliche Kaufvertrag aufgehoben wird. Erst nach Abschluß dieses Vertrages hat der Käufer einen Anspruch auf Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises. Eine unmittelbare Rückforderung desjenigen, was der Verkäufer aus dem Kaufvertrag erlangt hat, ist demnach nach der Vertragstheorie ausgeschlossen.

Die hierzu im Gegensatz stehende Herstellungstheorie leugnet die Notwendigkeit eines Vertragsabschlusses, gewährt vielmehr dem Käufer einen unmittelber auf Rückerstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe der mangelhaften Kaufsache gerichteten Anspruch. Der Rechtsgrund für den Wandlungsanspruch ist nach dieser Theorie unmittelbar in der Mangelhaftigkeit der Sache zu suchen und entspricht der materiellen Funktion der actio redhibitoria des römischen Rechts. [3])

Der Wille des Gesetzgebers kann für die Ergründung des Gesetzeswillens nicht auschlaggebend sein. [4]). Jedoch wird bei der Auslegung des Gesetzes gegen eine Berücksichtigung der Gesetzmaterialien dann nichts einzuwenden sein,

---

[1]) Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Aufl., zu § 462 Note 3; Staudinger, Kommentar zum BGB 1900, zu § 462 BGB.

[2]) Vgl. „Recht" 1925 Nr. 928; D. J. Z. 1925 S. 1335.

[3]) Vgl. die Ausführungen Kap. I. S. 9.

[4]) Vgl. F. Leonhard, Bürgerliches Recht, ein Lehrbuch in kurzen Sätzen S. 8 IV E 2.

wenn dies nur zur Unterstützung einer sich aus dem Gesetze selbst ergebenden Konstruktion geschieht.[1])

Die sich aus dem Gesetze ergebende Vertragstheorie findet in den Protokollen niedergelegten Ausführungen der Redaktoren des zweiten Entwurfs, die sich im bewußten Gegensatz zum ersten Entwurf stellten, ihre ausdrückliche Bestätigung. Die Mehrheit der zweiten Kommission ging von der Erwägung aus, das Wandlungsbegehren als Anspruch zu gestalten und auf diese Weise der Verjährung zu unterwerfen. Man führte aus:[2])

„Das geltende Recht behandele die Frist für die Geltendmachung des Wandlungs- und Minderungsrechts nicht als Präklusivfrist, sondern als Verjährungsfrist und verlange insbesondere, daß innerhalb der Frist Klage erhoben, der Streit wegen des Mangels mithin innerhalb der Frist zur richterlichen Kognition gebracht werde. Eine Abweichung von diesen Grundsätzen würde nur dann gerechtfertigt sein, wenn das Wandlungs- und Minderungsrecht nicht als Anspruch aufgefaßt werden könnte, oder nachgewiesen wäre, daß das bestehende Recht zu praktischen Unzuträglichkeiten geführt hätte. Beide Voraussetzungen seien jedoch nicht gegeben.

Man könne das Verhältnis ohne Zwang in der Art gestalten, daß der Mangel den Käufer berechtigte, die Aufhebung des Kaufs oder die Herabsetzung des Kaufpreises durch einen darauf gerichteten Vertrag von dem Verkäufer zu verlangen. Weigere sich der Verkäufer, einen solchen Vertrag einzugehen, so könne er darauf verklagt werden und seine Einwilligung werde durch das rechtskräftige Urteil nach den Vorschriften der ZPO ersetzt. Als Folge der Aufhebung des Kaufs ergebe sich dann von selbst das Recht des Käufers, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern und, falls er bereits gezahlt habe,

[1]) Aehnlich auch Schröder, Zur Gewährleistung für Sachmängel nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche S. 28.

[2]) Protokolle I S. 679.

das Gezahlte zurückzufordern. Von selbst verstehe es sich, daß er diese Ansprüche zugleich mit dem zugrundeliegenden Anspruch auf Aufhebung oder Aenderung des Kaufs geltend machen könne. Bei dieser Konstruktion ergebe sich, daß immer ein Anspruch vorhanden, der Anspruch aber der Verjährung unterworfen sei."

Eine deutlichere Kenntlichmachung des Standpunktes der Redaktoren im Sinne der Vertragstheorie kann man nicht verlangen. Später[1]) wird nochmals zum Ueberfluß ausgeführt,

„das Gesetz müsse der Rechtsanwendung einen deutlichen Fingerzeig über die ihm zugrundeliegende Konstruktion geben. Der Entwurf konstruiere das Recht auf Wandlung nicht als das Recht, durch eine einseitige Erklärung den Vertrag zur Aufhebung zu bringen, sondern als Anspruch, kraft dessen der Käufer vom Verkäufer die Einwilligung in die Aufhebung des Kaufs . . . verlangen kann."

Nach der ausdrücklichen Erklärung der Redaktoren ist demnach die Vertragskonstruktion dem Gesetze zu Grunde gelegt worden.

Dieser Umstand allein jedoch kann der Vertragstheorie gegenüber den vielgestaltigen Angriffen der Gegner keine hinreichende Stütze bieten.

Die Vertreter der Herstellungstheorie behaupten, § 465 BGB. bestimme nur den Zeitpunkt, in dem das Wahlrecht des Käufers zwischen Wandlung und Minderung aufgebraucht sei; hierin erschöpfe sich der Umfang und die Bedeutung dieser Vorschrift. Vor allem wolle § 465 BGB. nichts über die Art des Vollzugs der Wandlung und Minderung sagen. Zur Begründung ihrer Ansicht beruft sich die Herstellungstheorie auf die Entstehungsgeschichte und den Wortlaut des § 465 BGB. Aus der Entstehungsgeschichte ergebe sich mit Deutlichkeit, daß der Gesetzgeber durch § 465 BGB. nur den Zeitpunkt bestimmen wollte, in

[1]) Protokolle I S. 710.

dem das Wahlrecht des Käufers zum Erlöschen kommt. Diese Auffassung werde durch den Wortlaut des § 465 BGB. bestätigt. „Vollziehen“ in dem in § 465 BGB. gebrauchten Sinne habe nicht die Bedeutung „zur Ausführung bringen“, sondern sei im Sinne von „Definitivwerden“ gebraucht.

Die Entstehungsgeschichte des § 465 BGB. läßt klar erkennen, daß der Gesetzgeber durch diese Bestimmung „der Rechtsanwendung einen deutlichen Fingerzeig über die ihm zugrunde liegende Konstruktion“ geben wollte [1]).

Der Gesetzgeber fand, als er sich zur Vereinheitlichung des Privatrechtes im Deutschen Reiche entschloß, hinsichtlich der Mängelansprüche die im römischen Recht entwickelten Rechtsgrundsätze vor [2]). Unter Anknüpfung an diesen Rechtszustand kam der § 383 des ersten Entwurfs zum BGB. zustande, der lautet:

„Ist die Haftung des Veräußerers nach den §§ 381, 382 begründet, so kann der Erwerber nach seiner Wahl verlangen, entweder, daß der Vertrag rückgängig gemacht, oder daß die Gegenleistung herabgesetzt werde.“

Nach § 384 a. a. O. sollte die Wahl vollzogen sein, wenn sie von dem Käufer gegenüber dem Verkäufer erklärt worden ist. Der erste Entwurf befand sich hiermit im wesentlichen in Uebereinstimmung mit dem zur Zeit des Entwurfs geltenden Rechte [3]). Bei der Beratung der zweiten Kommission wurden zu den §§ 383, 384 des ersten Entwurfs folgende Anträge gestellt:

1. „Im Falle der Haftung des Verkäufers kann der Käufer nach seiner Wahl Rückgängigmachung des Kaufs oder Herabsetzung des Kaufpreises verlangen.

Die Wahl ist vollzogen, wenn sie von dem Käufer gegenüber dem Verkäufer erklärt worden ist. Die vollzogene Wahl ist unwiderruflich“.

2. Für die §§ 383, 384 als einzige Bestimmung auf-

[1]) Vgl. S. 17.

[2]) Vgl. I. Kapitel dieser Arbeit.

[3]) Motive Bd. 2 S. 227, 228.

zunehmen: „Die Wahl ist vollzogen, wenn der Käufer dem Verkäufer gegenüber den Rücktritt, sowie wenn er die Minderung erklärt hat. Die Erklärung ist unwiderruflich".

Im Anschluß an diesen Antrag, nach dem die einseitige Erklärung des Käufers zum Vollzug der Mängelansprüche genügen sollte, nahm die zweite Kommission Veranlassung, zur Frage der Konstruktion des Wandlungs- und Minderungsanspruchs Stellung zu nehmen und zu prüfen, ob eine einseitige Erklärung des Käufers gegenüber dem Verkäufer zum Vollzug der Wandlung und Minderung genügt, oder ob hierzu ein Vertragsabschluß der Parteien gefordert werden sollte. Die Mehrheit der zweiten Kommission hat die letztere Auffassung gebilligt und als dem Gesetz zugrunde liegend erklärt[1]). Als Ergebnis dieser nur über die Konstruktionsfrage angestellten Ueberlegungen gingen aus der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs die §§ 399, 402 hervor, die den heutigen §§ 462, 465 BGB. entsprechen. Angesichts dieser Entwicklungsgeschichte kann kaum ein Zweifel darüber bestehen, daß der Gesetzgeber durch § 465 BGB. die Konstruktion der Gewährleistungsansprüche festlegen wollte. Der Gesetzgeber hat mit der Fassung, die er dem § 465 BGB. gab, ein Doppeltes erreicht, nämlich den Zeitpunkt für den Untergang des Wahlrechts des Käufers festgelegt, ferner aber, was ungleich wichtiger war, die Konstruktionsfrage der Gewährleistungsansprüche zugunsten der Vertragstheorie gelöst[2]).

Die Gegner können nicht leugnen, daß der Wortlaut des § 465 BGB. zugunsten der Vertragstheorie spricht. Nach § 465 BGB. ist die Wandlung oder Minderung vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers

[1]) Vgl. Protokolle Bd. 1 S. 710.

[2]) Diesem Ergebnis können sich auch die Gegner nicht ohne weiteres verschließen. Vgl. z. B. die unbestimmt gehaltenen Ausführungen von Gustav Müller in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 69 S. 47 ff.

mit ihr einverstanden erklärt. Diese Vorschrift besagt, daß die Wandlung zur Ausführung gelangt ist, wenn hierüber Einverständnis zwischen den Parteien herrscht, m. a. W., wenn sie einen auf die Wandlung gerichteten Vertrag abgeschlossen haben. Dadurch, daß der Verkäufer sich mit dem Anerbieten des Käufers zur Wandlung einverstanden erklärt, kommt die Wandlung endgültig zustande. Dieser nach § 465 BGB. vorgeschriebene Vertragsabschluß ist der einzige Weg, den Anspruch des Käufers auf Wandlung zu verwirklichen. Erst nachdem die Parteien übereingekommen sind, zu wandeln, steht dem Käufer der Anspruch auf tatsächliche Rückgewähr der bewirkten Leistungen zu. Auf den Rückgewähranspruch finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Der Anspruch auf Rückgewähr der Leistung ist demnach nicht unmittelbar in dem Recht auf Wandlung enthalten, sondern ist erst eine Folge des Rechtes aus der Wandlung.

Die hier vertretene Auffassung findet eine starke Stütze im Wortlaut des Gesetzes selbst. § 465 BGB. sagt klar und deutlich die Wandlung oder Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. „Vollzogen" aber heißt bei unbefangener Betrachtung nichts anderes als „zur Ausführung gebracht" [1]). Diese Auslegung entspricht der dauernden Ausdrucksweise des Gesetzes [2]). Die von *Haymann* gegebene Erklärung, „vollziehen" sei mit „Definitivwerden" gleichzusetzen, ist im äußersten Grade gesucht und entbehrt jeglicher Begründung [3]). Es ist kein Grund ersichtlich, gerade

[1]) So auch Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, § 222 I, 1, a; Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 2. Bd., 2 Abt. § 185, VI; Seidelmeyer, Ueber die rechtliche Natur des Wandlungs- und Minderungsanspruchs des Käufers nach BGB., Gruchots Beiträge Bd. 57 S. 268.

[2]) So in den §§ 525—528, 2301 Abs. 2, 2194, 2196 BGB.

[3]) Neben Haymann vertritt Thiele im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 93 S. 387 ff diese Auffassung mit Nachdruck. Dagegen selbst Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem

der „Vollziehung“ im § 465 BGB. einen anderen als den im Gesetz allgemein gebräuchlichen Sinn unterzuschieben. Auch hier bedeutet „Vollziehen“ wie überall sonst im Gesetz „zur Ausführung bringen“. Die Wandlung und Minderung wird demnach gemäß § 465 BGB. durch Vertrag zur Ausführung gebracht.

Daß „vollzogen“ im § 465 BGB. nichts anderes wie „ausgeführt“ bedeuten kann, ergibt sich mit völliger Sicherheit aus § 487 BGB. Hiernach kann der Käufer nur Wandlung, nicht Minderung verlangen. Es kann also von einem Aufbrauch eines Wahlrechts des Käufers keine Rede sein. Für die Anwendung des § 465 BGB. wäre demnach vom Standpunkt der Herstellungstheorie aus bei § 487 BGB. kein Raum. Dennoch findet aber § 465 BGB. gemäß § 481 das auch auf § 487 BGB. Anwendung. Der Sinn des „Vollziehens“ im § 487 BGB. und damit auch im § 465 BGB. kann demnach nur der des „Ausführens“, nicht der des „Definitivwerdens“ sein. Die Bedeutung des § 465 BGB. erschöpft sich nicht in der Bestimmung des Zeitpunktes, in dem die Wahl des Käufers endgültig geworden ist, sondern gibt darüber hinaus den Weg an, auf den die Wandlung zur Vollziehung (= Ausführung) gelangt [1]).

§ 465 BGB. ist allein maßgeblich für die Art und Weise der Ausführung der Wandlung und Minderung. Der durch § 465 BGB. vorgezeichnete Weg ist der einzige, auf dem der Vollzug der Gewährleistungsansprüche herbeigeführt werden kann. Die Gegenmeinung bestreitet, daß § 465 BGB. den Vollzug der Wandlung und Minderung abschließend regele, vielmehr biete § 462 BGB. neben § 465 BGB. eine zweite Möglichkeit des Vollzugs der Gewährleistungsansprüche.

§ 462 BGB. lautetet:

„Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vor-

BGB., in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 325 und Mensing, Beiträge zur Lehre von Wandlungs- und Minderungsanspruch des BGB, Bonner Inauguraldissertation 1900 S. 3 ff.

[1]) Vgl. auch Seidlmayer a. a. O. S. 269.

schriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufs (Wandlung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen."

Das Wort „Rückgängigmachung" bedeutet nach Ansicht der Gegner die tatsächliche Aufhebung der durch den ursprünglichen Kaufvertrag eingetretenen Rechtsfolgen, nämlich die unmittelbare Rückgewähr des durch den Kaufvertrag Erlangten. Die Wahl des Wortes „Rückgängigmachung" an Stelle von „Aufhebung" deute gerade darauf hin, daß das Gesetz einen einseitigen Anspruch auf unmittelbare Rückerstattung der empfangenen Leistungen bezw. Herabsetzung des bezahlten Kaufpreises geben wolle[1]).

Die gegnerische Auffassung ist aus verschiedenen Gründen unhaltbar. Angesichts der oben dargelegten Bedeutung des § 465 BGB., durch den die Vertragstheorie in unverkennbarer Weise im Gesetz zum Ausdruck gekommen ist, kann unmöglich angenommen werden, daß „Rückgängigmachung" im § 462 BGB. etwas anderes bedeutet als vertragsmäßige Aufhebung der durch den Kaufvertrag begründeten Verpflichtungen. Der Ausdruck „Rückgängigmachung" ist für sich allein betrachtet juristisch farblos; erst die Berücksichtigung seines Zusammenhangs läßt eine Deutung seiner rechtlichen Tragweite zu. § 462 BGB. spricht klar und deutlich von der „Rückgängigmachung des Kaufs" und nicht etwa von der Rückgängigmachung der auf Grund des Kaufs erfolgten Leistungen. Genau so aber, wie zwischen Kauf und der sich aus diesem Kauf ergebenden Verpflichtungen zu unterscheiden ist, genau so scharf ist Rückgängigmachung des Kaufs von der Rückgängigmachung der zur Erfüllung des Kaufs gemachten Leistungen zu trennen. § 462 BGB. besagt demnach nichts anderes als § 465 BGB., nämlich, daß die Wandlung und Minderung durch Rückgängigmachung

[1]) Haymann a. a. O. S. 538; Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. Bd. 2. Abt., Recht der Schuldverhältnisse § 333 Anm. 5; Eccius a. a. O. S. 319 u. a.

des Kaufs, d. h. durch vertragsmäßige Aufhebung des Kaufvertrags vollzogen wird [1]).

Diese Auffassung ist die einzig mögliche, um nicht auf Widersprüche zu stoßen. Wollte man nämlich dem § 462 BGB. die von den Gegnern behauptete Bedeutung beimessen, so käme man zu dem befremdenden Ergebnis, daß § 462 BGB. alle die Fälle nicht umfassen würde, in denen von der einen oder anderen Seite noch nicht erfüllt ist. In diesen Fällen ist die Rückgewähr der beiderseitigen Leistungen in Ermangelung einer bereits bewirkten unmöglich. Dieses Ergebnis ist so unannehmbar, daß die Gegenmeinung, soweit sie sich auf § 462 BGB. stützt, schon aus diesem Grunde als widerlegt anzusehen ist.

Mit „Minderung" wird in den §§ 465, 472, 473 BGB. unstreitig der rechnerische Vorgang bezeichnet, durch den der Wert ermittelt wird, um den der Kaufpreis herabzusetzen ist. Diese Bedeutung ist unbestritten, insbesondere herrscht Uebereinstimmung darüber, daß unter Minderung niemals die tatsächliche Rückgewähr eines Teils des Kaufpreises zu verstehen ist. Denselben Sinn hat „Minderung" im § 462 BGB. Hier aber ist die Minderung (= Herabsetzung des Kaufpreises) in Parallele gesetzt zur Wandlung (= Rückgängigmachung des Kaufs). Bezeichnet „Minderung" nur den rechnerischen Vorgang, nicht aber die tatsächliche Rückerstattung des Kaufpreises, so darf man, um nicht eine auffallende Ungleichheit des Gesetzes annehmen zu müssen, Wandlung ebenfalls nicht der tatsächlichen Rückgewähr der Leistungen gleichsetzen [2]).

Aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst ist ferner wie *Kloß* [3]) nachgewiesen hat, die deutliche Unterscheidung zwischen

---

[1]) Vgl. auch Oertmann im „Recht" 1904 S. 5. ff.; Seidlmeyer a. a. O. S. 268; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Bd. S. 994 Anm. 36.

[2]) Schröder, zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf S. 32 ff.

[3]) Kloß, Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache. Im sächs. Arch. f. bürg. R. u. Proz. Bd. IX S. 288.

dem Recht auf Wandlung und dem Recht aus der Wandlung zu erkennen[1]) und es kann wohl kaum angenommen werden, daß es sich hierbei um eine willkürliche Ausdrucksweise des Gesetzgebers handelt, der für die Begriffsbestimmung kein Wert beigemessen werden dürfte.

Einen weiteren Anhaltspunkt dafür, daß es der Wille des Gesetzes ist, die Parteien zunächst zur gütlichen Einigung über die Wandlung im Wege einer Aufhebung zu veranlassen, bietet § 467 BGB. § 467 gibt den Weg an, auf die Geltendmachung des Wandlungsanspruchs erfolgen soll. Er verweist zu diesem Zwecke auf die Vorschriften über das gesetzliche Rücktrittsrecht, läßt jedoch geflissentlich den § 349 BGB aus, in dem bestimmt ist, daß der Rücktritt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolge. Hiermit kommt klar zum Ausdruck, daß der durch § 462 BGB. vorgezeichnete Weg eines Vertragsabschlusses zur Vollziehung der Wandlung erforderlich ist und eine einseitige Erklärung keinesfalls genügt. Die Gegner behaupten, aus der Tatsache der Nichtverweisung auf § 349 BGB. im § 467 a. a. O. ergebe sich nicht etwa, daß zum Vollzug der Wandlung und Minderung ein Vertrag erforderlich sei, vielmehr habe der Käufer ohne weiteres auf Grund des zutage getretenen Mangels die Ansprüche aus den §§ 462, 467 BGB. Mit dieser Auffassung aber setzt sich die Gegenseite in Widerspruch zu ihrer eignen Lehre. Nach ihrer Auffassung kann die Rückgängigmachung nur durch eine Geltendmachung des Gewährleistungsanspruchs erfolgen. Die Geltendmachung setzt aber notwendig eine Erklärung des Käufers, wandeln oder mindern zu wollen, voraus. Demnach entstehen die Gewährleistungsansprüche auch nach der Herstellungstheorie nicht ohne weiteres „wegen des Mangels allein", vielmehr ist eine Erklärung zur Wandlung oder Minderung erforderlich. Unter diesen Umständen aber ist es vom Standpunkte der Gegner aus unverständlich, weshalb eine Verweisung auf § 349 BGB. im § 467 das unterblieben ist.

[1]) Vgl. die §§ 470, 471, 475 BGB gegenüber den §§ 477, 489, 490 BGB.

Den schlagendsten Beweis[1]) gegen die Vertragstheorie glauben die Gegner an Hand des § 480 BGB. führen zu können und doch versagt auch dieser Angriff. § 480 BGB. bestimmt, daß der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache statt der Wandlung oder der Minderung verlangen könne, daß ihm an der Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert werde. Auf diesen Anspruch sollen nach Satz 2 des § 480 BGB. die für die Wandlung geltenden Vorschriften der §§ 464—466 entsprechende Anwendung finden. Nach Ansicht der Gegner enthält dieser Paragraph bei Annahme der Vertragstheorie einen „unmöglichen" Widerspruch. In § 480 Satz 2 BGB. sei nämlich klar und deutlich bestimmt, daß der Käufer ohne weiteres Nachlieferung einer mangelfreien Sache verlangen könne. Nach Satz 2 aber, der unter anderem auf § 465 BGB. verweise, würde nach der Vertragstheorie Satz 1 wieder aufgehoben, da nach der Vertragstheorie zunächst ein Vertragsschluß erforderlich sei, keinesfalls aber sofort Nachlieferung einer neuen Sache verlangt werden könne. Diese Argumentation geht fehl. § 465 BGB. ist in § 480 Satz 2 BGB. nur für entsprechend anwendbar erklärt worden; eine entsprechende Anwendung wird aber nur dann vom Gesetze vorgeschrieben, wenn eine direkte Anwendung einer Gesetzesvorschrift nicht möglich ist. Die entsprechende Anwendung des § 465 BGB. hat einen andern Sinn, da durch § 465 BGB. in § 467 BGB. nur der Zeitpunkt der Konzentration angegeben wird. Mit der Erklärung des Verkäufers, daß er mit dem Verlangen des Käufers einverstanden sei, ist dessen Wahl zwischen den ihm in § 480 BGB. zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfen endgültig, sein Wahlrecht hiermit erloschen. Der Einwand des Gegners, § 465 BGB. würde bei seiner Anwendung in § 467 BGB. zu unlösbaren Widersprüchen führen, ist demnach hinfällig, da durch § 465 BGB. in § 467 BGB. nur der Zeitpunkt der Konzentration angegeben wird.

[1]) So Haymann a. a. O. S. 541.

In einem Punkte muß allerdings *Eccius*[1]) selbst zugeben, daß der Einfluß der von der zweiten Kommission zu Grunde gelegten Vertragstheorie im Gesetze unzweideutig zum Ausdruck gekommen ist. Nach der Vertragstheorie steht dem Käufer nach § 462 BGB. ein Anspruch auf Abschluß eines Vertrages zu, während der Anspruch nach der Herstellungstheorie in der Rückforderung des gezahlten Kaufpreises besteht. § 479 BGB. erklärt den Anspruch des Käufers auf Schadensersatz auch nach Ablauf der Verjährung für aufrechenbar, wenn der Käufer dem Verkäufer den Mangel vor Ablauf der Verjährung angezeigt hat. Er läßt aber die in § 462 BGB. aufgeführten Ansprüche aus, sodaß — wollte man die Gewährleistung als Ansprüche auf Rückerstattung des Kaufpreises bezw. eines Teils desselben auffassen — hierfür die allgemeinen Bestimmungen des § 390 Satz 2 BGB. Anwendung zu finden hätten und eine Aufrechnung auch dann zulässig wäre, wenn der Mangel entgegen dem § 478 BGB. dem Käufer nicht rechtzeitig angezeigt wurde. Daß aber dieses Ergebnis im unverständlichen Gegensatz zu § 479 BGB. steht, wurde bereits von *Flechtheim*[2]) zutreffend hervorgehoben und dürfte allgemein anerkannt sein. Aber auch die sich hieraus ergebenden Folgerungen wären unmöglich. Die nach der Herstellungstheorie auf Rückzahlung gerichteten Ansprüche sollen hiernach gegenüber der ihnen konnexen Kaufpreisklage nur unter der Bedingung einredeweise geltend gemacht werden können, daß die Mängel dem Verkäufer rechtzeitig mitgeteilt worden sind. Hingegen soll eine Aufrechnung der Gewährleistungsansprüche gegenüber nicht konnexen Forderungen ohne Erfüllung der in den §§ 478 und 479 BGB. gesetzten Vorbedingungen statthaft sein? Ein Widersinn, der genügt, um die Unrichtigkeit der gegnerischen Meinung darzutun. Auch *Haymann*[3]) hat keine durchschlagende Be-

[1]) a. a. O. S. 329, 330.
[2]) Flechtheim, DJZ. 1902 S. 320.
[3]) a. a. O. S. 545.

gründung dagegen gefunden, daß die Nichterwähnung der Ansprüche aus den §§ 462 in 479 BGB. nur mit Hilfe der Vertragstheorie zu erklären ist. *Haymann* führt aus, die Nichtaufnahme der in § 462 gegebenen Ansprüche in § 479 BGB. könne nicht wegen unmöglicher Aufrechnung der Ansprüche gefolgert werden. Dies ergebe sich deutlich aus § 480 BGB., denn durch die Zitierung des § 479 BGB. in § 480 BGB. sei die Aufrechenbarkeit des ebenfalls unter die Bestimmung des § 465 BGB. fallenden Nachlieferungsanspruchs in deutlichster Weise dargetan. Nach der Vertragstheorie hätte aber auch in § 480 BGB. § 479 BGB. keine Erwähnung finden dürfen, da der Anspruch auf Nachlieferung nach dieser Theorie zunächst auf Abschluß eines Umtauschvertrags ginge und demnach ebenfalls nicht gegen die Kaufpreisklage aufrechenbar wäre. Die Argumentation geht von der falschen Voraussetzung aus, die Vertragstheorie verlange auch in § 480 BGB. bei dem Verlangen einer mangelfreien Sache zunächst den Abschluß eines Umtauschvertrags. Daß dies nicht der Fall ist, vielmehr die Aufnahme des § 465 BGB. in § 480 BGB. der Konzentration des dem Käufer zustehenden Wahlrechts dient, wurde bereits in ausreichender Weise dargetan. Es handelt sich in § 480 BGB. also auch nach der Vertragstheorie bei dem Nachlieferungsanspruch um einen unmittelbar auf Nachlieferung gehenden, also auch aufrechenbaren Anspruch. Hiermit fällt das gegen die Vertragstheorie geltend gemachte Argument in sich zusammen [1]).

[1]) Eine eigenartige Ansicht bezüglich des § 479 BGB. entwickelt Thiele a. a. O. S. 429. Er findet es merkwürdig, aus einem Paragraphen, in dem von Wandlung und Minderung keine Rede ist, Schlüsse für die Vertragstheorie zu ziehen. Eine Widerlegung dieser Ansicht hält der Verfasser für überflüssig. Ein Eingehen auf die von Thiele angestellte Untersuchung über die Entstehungsgeschichte des § 479 BGB. erübrigt sich mit dem Hinweis darauf, daß ein Heranziehen der Gesetzesmaterialien nur dann für zulässig zu erachten ist, wenn es sich um eine Unterstützung einer bereits aus dem Gesetze selbst gewonnenen Meinung handelt, nie aber für den Fall,

Weitere erfolglose Angriffe gegen die Vertragstheorie werden auf § 478 BGB. gestützt.[1]) Das Gesetz gibt im § 478 BGB. dem Käufer das Recht, auch nach Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit zu verweigern, als er auf Grund der Wandlung dazu berechtigt sein würde. Zunächst ist unstreitig, daß dies den Käufer unter gewissen Voraussetzungen auch nach Ablauf der Verjährung gewährte Leistungsverweigerungsrecht demselben natürlich auch schon dann zusteht, wenn sein Anspruch auf Abschluß eines Vertrages noch nicht verjährt ist. Wenn also der Verkäufer auf Zahlung des Kaufpreises klagt, so muß bei Geltendmachung der Wandlungseinrede seitens des Käufers die Klage abgewiesen werden. Nach Ansicht *Haymanns*[2]) und *Eccius*[3]) liegt in der Wandlungseinrede der Vollzug der Wandlung und es genügt demnach das einseitige Vorbringen der Wandlungseinrede zum endgültigen Vollzug der Wandlung, nicht aber bedarf es eines Vertrages. Was aber für die exeptio gelte, so argumentieren sie weiter, gelte auch in vollem Umfange für die actio. Diese Deduktion weist zwei Fehler auf. Was die juristische Natur der Wandlungseinrede anlangt, geht es nicht an, die Wandlungseinreide mit *Neumann*[4]) als Zurückbehaltungsrecht des Käufers zu konstruieren, das dieser auf Grund seines Rechtes auf Vertragsabschluß gegenüber dem Verkäufer geltend machen könne. Ebensowenig kann die Wandlungseinrede als eine exceptio doli generalis aufgefaßt werden und zwar schon um deswillen

selbständig aus den Materialien eine Meinung zu begründen oder gar, wie es vorliegend der Fall ist, eine sich unzweideutig aus dem Gesetze ergebende Ansicht mit Hilfe der Gesetzesmaterialien zu widerlegen.

[1]) Vgl. Haymann a. a. O. S. 544; Eccius a. a. O. S. 321 f.; Lobe, Die Vorschriften des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs §§ 462 u. 465 über die Wandlung und ihre praktische Bedeutung; in sächs. Arch. f. bürg. R. u. Proz. Bd. IX S. 115.

[2]) a. a. O. S. 544.

[3]) a. a. O. S. 321.

[4]) Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich I. Bd. § 462 Abs. 2 1b S. 389.

nicht, weil dem geltenden Recht die im römischen Recht entwickelten Grundsätze der exceptio doli generalis in dieser allgemeinen Form unbekannt sind. Der Gesichtspunkt der Schikane, der in der exceptio doli generalis zum Ausdruck kam, hat jedoch im § 226 BGB., wenn auch in wesentlich eingeschränkterem Umfang einen Niederschlag gefunden. § 226 BGB. lautet:

„Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einen anderen Schaden zuzufügen."

Es ist demnach schikanös, einzufordern, was sofort zurückgeben muß,[1]) da die Aufstellung und Geltendmachung der Forderung nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. Die Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises ist daher schikanös, da er nach dem Vorbringen der Wandlungseinrede seitens des Käufers verpflichtet ist, die empfangene Leistung sofort wieder zurückzugewähren. Der Käufer kann dieses schikanöse Verhalten des Verkäufers einredeweise unter Berufung auf § 226 BGB. geltend machen[2]) und ist auf Grund dieser Einrede berechtigt, die Zahlung des Kaufpreises insoweit zu verweigern, als er auf Grund der Wandlung dazu berechtigt sein würde. Die Einrede des Käufers aus § 478 BGB. wird demnach allein durch das schikanöse Verhalten des Verkäufers begründet, ohne daß sie irgendwelchen Einfluß auf den Vollzug der Wandlung selbst hätte.[3])

Die Einrede des Käufers aus § 478 BGB. bewirkt keinen Vollzug der Wandlung, sodaß schon aus diesem Grunde die von dem Gegner geforderte Übertragung der rechtlichen Bedeutung der exceptio auf die actio zu keinem Ergebnis

---

[1]) Vgl. l. 173 § 3 D. de reg. juris 50, 17: dolo facit, qui petit, quod redditurus.

[2]) So auch Flechtheim a. a. O. S. 88 und Endemann a. a. O. S. 360.

[3]) Im übrigen spricht der Wortlaut des § 478 BGB. unverkennbar dafür, daß die Einrede keinen Vollzug der Wandlung herbeiführt. Vgl. auch Flechtheim a. a. O. S. 91.

führt, ganz abgesehen davon, daß der von den Gegnern aufgestellte Satz, was für die exceptio gelte, in gleicher Weise auch für die actio gelte, weiter nichts als eine beweislose Behauptung ist.

Die unabweisbare Folge dieser hier dargelegten Ansicht ist, daß das Wahlrecht des Käufers zwischen den ihm in § 462 BGB. gewährten Rechten mit der Urteilsfällung nicht erlischt, vielmehr auch darüber hinaus noch so lange weiterbesteht, bis eine Konzentration herbeigeführt wird [1]). Die Beweisführung *Schröders,* schon aus dem Wortlaut des § 478 BGB. ergebe sich, daß ein Vollzug der Wandlung durch Gebrauch der Gewährleistungseinrede nicht vorliege, ist allerdings nicht schlüssig. Wenn das Gesetz sagt, der Käufer könne die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandlung dazu berechtigt sein würde, so könnte man m. E. gerade entgegen *Schröder* annehmen, daß hier eine gesetzliche Fiktion vorliege.

Aber auch durch das klagabweisende rechtskräftige Urteil wird kein Vollzug der Wandlung herbeigeführt [2]). Urteile sind nach § 322 ZPO der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Es hieße also, der Rechtskraft des Urteils eine ihr nicht zukommende Ausdehnung zu verleihen, wollte man annehmen, daß durch das Urteil auch über die Gewährleistungseinrede entschieden würde.

Es liegt keine Unbilligkeit gegenüber dem Verkäufer darin, daß die Wandlung nicht vollzogen ist [3]). Falls der

[1]) Flechtheim a. a. O. S. 83f.; a. M. Eccius a. a. O. S. 321. Endemann a. a. Bd. I § 161, 3, 3 S. 995 f. u. Goldmann-Lilienthal § 135 4 c S. 501, obwohl sie Anhänger der Vertragstheorie sind. Nach ihnen ist die Wandlung dann vollzogen, wenn die Klage des Verkäufers abgewiesen wird, weil sie in der Abweisung des Verkäufers dessen Einverständis mit dem Wandlungsbegehren des Käufers erblicken.

[2]) So auch Thiele, die Vollziehung der Wandlung und der Minderung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93, S. 387 ff. und Schröder a. a. O. S. 76; vgl. ferner RG. JW. 05, 492.

[3]) Vgl. Matthias, Die Wandlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. DJZ. 1902 S. 208.

Käufer, was wohl die Ausnahme sein dürfte, nach Beendigung des Prozesses dem Verkäufer gegenüber erklärt, er wolle nicht wandeln, wie er es im Prozesse durch seine Einrede ursprünglich beabsichtigt habe, sondern ziehe Minderung vor, so wird hierdurch die Rechtsstellung des Verkäufers in keiner Weise erschwert, insbesondere nicht beim Kauf, da es sich für ihn ja doch, gleichgültig ob Wandlung oder Minderung geltend gemacht wird, nur um Rückerstattung eines Geldbetrages handelt. Fraglich könnte sein, ob dieselben Erwägungen bei Vorliegen eines Tausches zutreffend sind, da für diesen Fall der Verkäufer ein erhebliches Interesse daran hat, zu wissen, ob er die von seinem Vertragsgegner eingetauschte Sache zum Zwecke des Vollzugs der Wandlung zur Verfügung behalten, oder ob ein rechnerischer Ausgleich im Wege der Preisminderung stattfinden soll.

Andererseits kann nicht geleugnet werden, daß durch das Weiterbestehen des ius variandi ein Zustand der Rechtsunsicherheit geschaffen wird; jedoch vermögen auch die Anhänger der Herstellungstheorie hieran nichts zu ändern. Auch nach ihrer Ansicht liegt kein endgültiger das Wahlrecht des Käufers ausschließender Vollzug der Wandlung im Sinne von § 465 BGB. vor, da, wie bereits oben ausgeführt wurde, durch das klagabweisende Urteil nicht über die Einrede entschieden wird. Wenn aber *Matthiaß* [1]) dennoch aus Billigkeitsgründen der Wandlungseinrede die gleiche Bedeutung beimessen will, wie der durch Vertrag gemäß § 465 BGB. geschlossenen Wandlung, so handelt es sich nur um eine zwar wohlgemeinte aber jeder juristischen Begründung entbehrenden Konstruktion. Es geht nicht an, auf diesem Umwege dennoch zu erreichen, daß für diesen Fall die Rechtskraft des Urteils entgegen der klaren Bestimmung des § 322 ZPO. auch auf die Einrede erstreckt wird.

Man sucht weiterhin die Unhaltbarkeit der Vertragstheorie ohne Erfolg aus § 354 BGB. zu beweisen [2]). Wenn

[1]) a. a. O. S. 208.

[2]) Vgl. hauptsächlich Haymann a. a. O. S. 548; dagegen Seidelmeyer a. a. O. S. 275.

nämlich — so argumentieren die Gegner — die Wandlung nur im Wege eines erneuten Vertragsschlusses vollzogen werden könne, aus dem sich die Rückleistungsverpflichtung ergibt, so ist die ausdrückliche Bezugnahme des § 467 BGB. auf § 354 BGB. daselbst unverständlich, da bei einem gegenseitigen Vertrag der Verkäufer schon auf Grund des § 326 BGB. vorgehen könne, es daher der Sondervorschrift des § 354 BGB. gar nicht bedürfe. Anders dagegen verhalte es sich nach der Herstellungstheorie, da der einseitige Kondiktionsanspruch des Käufers nur im Wege des § 354 BGB. vereitelt werden könne. Die Gegner gehen hierbei von einer unzutreffenden rechtlichen Beurteilung des Wandlungsvertrags aus. Zweifellos wird durch die gegenseitige Willensübereinstimmung ein Vertrag geschlossen. Dieser darf jedoch nicht als gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB. aufgefaßt werden, sondern „er erzeugt nur die schuldrechtliche Folge der Rückgängigmachung des Kaufs durch Rückgewähr der beiderseitigen Leistungen“ [1]). § 326 BGB. ist daher nicht anwendbar.

Neben diesen Bedenken materiellrechtlicher Art werden gegen die Vertragstheorie Gründe prozessualer Natur ins Feld geführt, die, wenn sie durchschlagend wären, allerdings die Vertragstheorie unannehmbar machen würden. Die Vertreter der Herstellungstheorie behaupten, der Käufer sei gezwungen, zur Durchführung seiner Gewährleistungsansprüche zwei Prozesse anzustrengen. Weigere sich nämlich der Verkäufer, sich mit dem Wandlungsverlangen des Käufers einverstanden zu erklären, so müsse der Käufer zunächst auf Abgabe der Einverständniserklärung des Verkäufers klagen. Die Willenserklärung gilt gemäß § 894 ZPO als abgegeben, sobald das Urteil, durch das der Schuldner zur Abgabe der Willenserklärung verurteilt worden ist, die Rechtskraft erlangt hat. Um nun aber weiter die Rückgewähr der gemachten Leistung zu erklären, sei ein neuer Prozeß erforderlich. Beide Prozesse sind nach Ansicht der Gegner

[1]) Vgl. RG. in DJZ. 1925 S. 1335 ff.

unvermeidlich, da nach der Vertragstheorie erst das Zwischenglied des Vertragsabschlusses die Voraussetzung für den Anspruch auf Rückerstattung abgibt. Bevor aber dieser Vertrag noch nicht geschlossen sei, bezw. im Prozeßwege das Urteil, durch das der Schuldner zur Abgabe der Willenserklärung verurteilt worden ist, noch keine Rechtskraft erlangt habe, sei eine Rechtsgrundlage für den Rückerstattunganspruch nicht gegeben [1]).

Würde sich aus der Vertragstheorie das Erfordernis der doppelten Klageanstellung ergeben, dann müßte man in der Tat zugeben, daß eine Theorie mit derartigen praktischen Konsequenzen unhaltbar wäre. Demgegenüber sind aber die Anhänger der Vertragstheorie einstimmig der Ansicht, daß diese den ökonomischen Grundsätzen der Prozeßpraxis widersprechende Umständlichkeit der doppelten Klageanstrengung durchaus nicht die unabweisbare Folge der Vertragstheorie ist, vielmehr eine Verbindung beider oben erwähnter Klagen sehr wohl für zulässig zu erachten ist. Die Begründungen für diese Klageverbindung sind allerdings vielgestaltig und meist anfechtbar.

Ist der Kaufvertrag noch nicht erfüllt und hat der Käufer den Kaufpreis noch nicht bezahlt, so bieten sich, gleichgültig, welche Theorie man vertritt, keinerlei Schwierigkeiten. Der Käufer klagt auf Abgabe der Einverständniserklärung, die gemäß § 894 ZPO. mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt. Die Fiktion des § 894 ZPO. hat die Bedeutung, daß alle Rechtsfolgen, die eingetreten wären, wenn der Verkäufer selbst die Einverständniserklärung abgegeben hätte, nun mit Rechtskraft des Urteils eintreten. Der Kaufvertrag wird demnach aufgehoben, womit die Käuferverpflichtungen entfallen.

Erst wenn der Kaufvertrag beiderseitig erfüllt ist, ergeben sich Schwierigkeiten hinsichtlich der Konstruktion der nun notwendigen Klageverbindung.

[1]) l. 35 de iud. 5, 1. Judicium antequam aliquid debeatur, non potestesse.

Flechtheims[1]) Versuch, die Möglichkeit der Klageverbindung darzutun, muß als gescheitert angesehen werden. Er setzt sich an der angegebenen Stelle mit *Eccius*[2]) auseinander, der ausführt, daß eine Klage, die unter der Bedingung angestellt werde, daß der Beklagte zu einem Abschluß eines Vertrags verurteilt werde, prozeßrechtlich ausgeschlossen sei. Gegen diese zutreffende Bemerkung wendet sich *Flechtheim* mit der Entgegnung, nicht die Klage, sondern die mit der Klage begehrte Rechtsfolge sei von dem Eintritt einer Bedingung und zwar von einer „condicio iuris" abhängig. Dieser Umstand schließe aber keineswegs aus, daß zeitlich zugleich mit der Verkündung des den Vertragsabschluß schaffenden Urteils, das die Rückleistungspflicht des Verkäufers aussprechende Erkenntnis verkündet werde. Daß der letztgenannte Anspruch seinen Rechtsgrund nach der Vertragstheorie in dem Vertragsabschluß habe, und dieser erst im Prozeß geschaffen werden müsse, hindere nicht die gleichzeitige Verkündung beider Verurteilungen; denn, argumentiert *Flechtheim*, die Verkündung eines Urteils sei ebenso wie die Absetzung und die Beratung desselben nur ein prozessualer Vorbereitungsakt, aber noch kein Richterspruch. Es stehe also nicht im Wege, beide Verurteilungen zugleich zu verkünden, da in demselben Augenblick, wo das den Vollzug des Wandlungsvertrags aussprechende Urteil Rechtskraft erlange, auch die zweite Verurteilung rechtskräftig werde. Es erscheine demnach alles auf den Zeitpunkt der Rechtskraft zusammengedrängt[3]).

Die Unhaltbarkeit dieser Konstruktion liegt auf der Hand.[4]) Sie liegt in der vollkommenen Verkennung der rechtlichen Natur der Urteilsverkündung, sowie des Zeitpunktes, der für den Erlaß der Entscheidung maßgeblich ist. Die Verkündung eines Urteils ist keineswegs ein nur

[1]) Gruchots Beiträge Bd. 44 S. 72 ff.

[2]) Gruchots Beiträge Bd. 43 S. 320; ähnlich auch Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 31.

[3]) Flechtheim a. a. O. S. 74.

[4]) Vgl. zum folgenden die ausführlichen Erörterungen bei Haymann a. a. O. S. 519 ff.; ferner Schröder a. a. O. S. 43 f.

den wirklichen Richterspruch vorbereitender Akt, vielmehr knüpfen sich schon an den Tatbestand der Verkündung rechtliche Wirkungen von erheblicher Bedeutung, z. B. die auf Grund des § 312 ZPO. erteilte Befugnis, sowie die neuerdings gegebene Möglichkeit, schon vor Rechtskraft des Urteils sofort nach dessen Verkündung Berufung einzulegen. Grundlage für die zu erlassende richterliche Entscheidung ist alles das und auch nur das, was bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung von den Parteien vorgetragen worden ist. Die Grundlage für den geltend gemachten Anspruch muß daher spätestens bis zum Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung gegeben sein, nicht aber darf, wie *Haymann*[1]) zutreffend ausführt, der Richter erst durch sein Erkenntnis den Eintritt einer Bedingung für weiter geltend zu machende Ansprüche schaffen. Es ist daher unmöglich und würde einen schweren Verstoß gegen prozessuale Grundsätze bedeuten, wollte man es für zulässig halten, daß der Richter in seiner Entscheidung bereits Tatsachen berücksichtigt und zum Gegenstand seines Erkenntnisses macht, die noch kein rechtliches Dasein erlangt haben. Der von *Flechtheim*[2]) herangezogene Vergleich der Kostenverurteilung, die ebenfalls erst von der Rechtskraft des Urteils abhängig sei und dennoch gleichzeitig mit der Entscheidung in der Hauptsache verkündet werde, vermag an der hier vertretenen Ansicht nichts zu ändern. Nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 308 Abs. 2 ZPO. hat das Gericht über die Kostenpflicht und zwar schon bei Verkündung des Urteils von Amts wegen zu entscheiden. Es besteht demnach eine besondere Regelung für Kostenentscheidungen, die als Ausnahmebestimmung nicht ausdehnend ausgelegt werden darf und auch nicht vergleichsweise herangezogen werden kann.

Der von *Kipp*[3]) angestellte Versuch, aus allgemeinen, dem römischen Recht entnommenen Rechtsprinzipien die

[1]) Haymann a. a. O. S. 523.

[2]) a. a. O. S. 74.

[3]) Kipp, Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen.

Möglichkeit der Klageverbindung darzutun, braucht schon deshalb keiner näheren Prüfung unterzogen zu werden, weil eine Uebertragung römischer Prozeßgrundsätze auf das heute geltende Prozeßrecht nicht zulässig erscheint [1]).

Nach *Kohler* [2]) kann durch das Urteil nicht nur ausgesprochen werden, daß der Beklagte zur Abgabe einer Willenserklärung verpflichtet sei, sondern es kann auch gleichzeitig die Verurteilung zu der sich aus dieser Willenserklärung ergebenden Leistung erfolgen. Wolle man hier zwei Prozesse für erforderlich halten, so müsse dieses Verlangen als formalistisch zurückgewiesen werden. Dieser von *Kohler* für das moderne Recht entwickelte Grundsatz entbehrt leider jeglicher Begründung und steht zweifellos im Gegensatz zur heute geltenden Prozeßordnung.

Nur *Kuhlenbeck* [3]) ist es gelungen, eine m. E. einwandfreie auf dem Gesetze beruhende Lösung der Frage zu finden, und zwar stützt er seine Ansicht auf § 259 ZPO. Nach der Vertragstheorie steht dem Käufer zur Geltendmachung seines Gewährleistungsanspruches eine auf Abgabe der Einverständniserklärung in die Wandlung und eine weitere auf Rückerstattung des Kaufpreises gerichtete Klage zu. Beide Klagen stehen dem Käufer im Augenblick des Entstehens des Gewährleistungsanspruches zu, jedoch ist der Erfolg der Klage auf Rückerstattung des Kaufpreises abhängig von der Rechtskraft des den Abschluß des Wandlungsvertrags herstellenden Urteils. Daß er aber durch die Rechtskraft des Urteils auf Abschluß des Wandlungsvertrags bedingt sei, kann nicht zugegeben werden. Es trifft also nicht zu, wie *Haymann* [4]) behauptet, daß vor der Rechtskraft des ersten Urteils ein Anspruch auf Rückerstattung der Leistung überhaupt noch nicht existent sei. § 259 ZPO. läßt eine Klage auf künftige Leistung dann zu, wenn den Umständen nach die Besorgnis

[1]) So auch Schröder a. a. O. S. 44; Haymann a. a. O. S. 515.

[2]) Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 80 S. 288.

[3]) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. S. 260.

[4]) a. a. O. S. 517.

gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Unter künftige Leistung im Sinne des § 259 BGB. sind alle noch nicht fälligen Ansprüche zu verstehen. Einer Ausdehnung dieser Vorschrift auf bedingte Forderungen steht nichts im Wege[1]), da auch bei bedingten Forderungen eine natürliche in der Bedingung mit enthaltene Befristung besteht. Der Umstand, daß es sich in unserem Falle nicht um eine Bedingung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs handelt, sondern das Urteil die Voraussetzung für den Eintritt der Rückleistungspflicht bildet[2]), kann die Anwendung des § 259 ZPO. hierauf nicht ausschließen, da die Rechtskraft des Urteils zumindest als ein zukünftiges ungewisses Ereignis anzusehen ist und insofern den Begriff der Bedingung im Sinne des BGB. sehr nahe steht.

§ 259 ZPO. wird aber auch deshalb für unanwendbar erklärt, weil in der Weigerung des Verkäufers, sein Einverständnis mit der Wandlung zu erklären, nicht ein Umstand sei, der die Besorgnis rechtfertige, daß der Verkäufer sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Wenn aber der Verkäufer im Wege eines gütlichen Ausgleichs sich zur Abgabe der Einverständniserklärung in die Wandlung weigert, trotzdem er sich von den Fehlern der verkauften Ware überzeugen kann, so ist doch sicherlich die Gefahr vorhanden, daß der Verkäufer sich auch noch nach rechtskräftiger Verurteilung seiner Rückerstattungspflicht entziehen wird[3])[4]).

Es bestehen also keine juristischen Bedenken gegen eine Verbindung der auf Grund der Vertragstheorie erforderlichen Klagen, sodaß in einem Verfahren sowohl über

[1]) Vgl. Stein-Jonas I. Bd. § 295 Anm. I; Schröder a. a. O. S. 46.

[2]) Schröder a. a. O. S. 45.

[3]) Ebenso Kohler a. a. O. S. 289.

[4]) Für die Anwendung des § 259 ZPO. haben sich ausgesprochen; Endemann a. a. O. S. 995; Kloß a. a. O. S. 290; Schröder a. a. O. S. 44 u. a.; sowie von den Gegnern Lobe a. a. O. S. 112 und Thiele a. a. O. S. 411; Dernburg a. a. O. Bd. II. 2. Abs. § 185 V Anm. 12 S. 58.

das Klagebegehren des Käufers, den Verkäufer in die Einwilligung zur Wandlung zu verurteilen, als auch über die Rückerstattungspflicht des Verkäufers entschieden werden kann. Hieraus ergibt sich ohne weiteres der zur prozessualen Geltendmachung des Wandlungsanspruchs erforderliche Klageantrag. Er geht dahin, den Beklagten zu verurteilen, sich mit dem Vollzug der Wandlung einverstanden zu erklären und demgemäß an den Kläger den Kaufpreis zurückzuzahlen[1]). Wie aber ist dann zu verfahren, wenn der Klageantrag unmittelbar auf Rückerstattung des Kaufpreises gerichtet ist und die nach der Vertragstheorie erforderliche Erklärung zum Einverständnis mit der Wandlung völlig außer Acht läßt? Muß diese Klage als unbegründet abgewiesen werden? Der Standpunkt der zweiten Kommission ging bereits dahin, den Antrag auf Verurteilung zur Rückleistung als zulässig und genügend zu erachten, allerdings ohne irgendwelche Angaben über die Konstruktion derselben zu machen. Der dem jetzigen § 465 BGB. zu Grunde liegende Antrag lautete[2]) „die Wandlung und die Minderung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber mit dem Verlangen des letzteren, daß der Kauf rückgängig gemacht oder der Kaufpreis herabgesetzt werde, einverstanden erklärt hat, oder zur Wandlung oder Minderung rechtskräftig verurteilt ist". Daß mit dieser rechtskräftigen Verurteilung nicht, wie vielfach angenommen wird, die Entscheidung nach § 894 ZPO. gemeint ist, sondern die Verurteilung zur Rückerstattung des Kaufpreises, erhellt deutlich aus der zu oben erwähntem Antrag gegebenen Begründung[3]), wo es heißt „es empfehle sich, letztere neben der Erklärung des Einverständnisses besonders zn erwähnen, weil die Erklärung nach § 894 ZPO. nur

[1]) So auch Dernburg a. a. O. S. 58 Anm. 13; Kloß a a. O. S. 290; Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 500 und Herbst, Klageantrag und Urteilstenor bei Wandlungsklagen. Zeitschrift für die Rechtspflege in Bayern, Jahrg. 1905 S. 442; Heuer in „Recht" 1902 S. 97.

[2]) Protokolle I S. 108.

[3]) Protokolle I S. 710.

durch ein zur Abgabe derselben verurteilendes Erkenntnis ersetzt werde, während davon auszugehen sei, daß die Klage des Käufers und das ergehende Urteil nicht gerade auf die Einwilligung des Verkäufers in die Rückgängigmachung des Kaufes oder in die Herabsetzung des Kaufpreises gerichtet sein müsse". Der dem heutigen § 465 BGB. zu Grunde liegende Antrag wurde ohne Beanstandung von der zweiten Kommission angenommen. Der die rechtskräftige Verurteilung zur Wandlung oder Minderung aussprechende Zusatz wurde aber ohne ersichtliche Gründe von der Redaktionskommission gestrichen.

Sich auf die Ausführungen der zweiten Kommission zu beziehen und diese Erörterungen als Begründung für die Zulässigkeit des unmittelbar auf Verurteilung zur Rückerstattung des Kaufpreises gehenden Klageantrags heranzuziehen,[1]) ist, wie schon wiederholt hervorgehoben wurde, schlechterdings unzulässig. Die durch die zweite Kommission zum Ausdruck gekommene Ansicht entbehrt jedoch nicht der gesetzlichen Begründung, sodaß deshalb ein auf Rückerstattung des Kaufpreises gerichteter Klageantrag sehr wohl als genügend angesehen werden kann.[2]) Nach § 308 Abs. 1 ZPO. ist das Gericht nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Man könnte auf Grund dieser Vorschrift der hier entwickelten Ansicht entgegenhalten, daß der Richter, wenn er trotz des auf Rückerstattung des Kaufpreises gehenden Klageantrags den Verkäufer zunächst in die Abgabe der Einverständniserklärung verurteilt, er mit dieser Verurteilung dem Käufer etwas zuspreche, was er gar nicht beantragt hatte. Er würde also hiermit gegen das Gesetz verstoßen. Er hätte vielmehr folgerichtig, da er

[1]) So Herbst a. a. O. S. 443.

[2]) Ebenso Goldmann-Lilienthal a. a. O. § 135, 4 b, S. 499; mit nicht durchschlagender Begründung auch Endemann § 161, Anm. 37 a. E., S. 995; Herbst a. a. O., S. 443; Thiele (Anhänger der Herstellungstheorie!) a. a. O., S. 416. A. M. Schröder a. a. O., S. 48; Haymann a. a. O., S. 537; Lobe a. a. O., S. 114.

mangels Antrags über die Abgabe der Willenserklärung nicht entscheiden durfte, die Klage auf Rückerstattung des Kaufpreises abweisen müssen, weil dieser die wesentliche Voraussetzung des Wandlungsvertrags fehlt. Mit diesem Vorwurf würde man den Sinn des § 308 Abs. 1 ZPO. wenig gerecht werden. § 308 Abs. 1 ZPO. will verhüten, daß über das vom Kläger Geforderte hinausgegangen wird, trifft aber nicht den Fall, daß ein nicht ausdrücklich gestellter Antrag in einem weitergehenden Antrag enthalten ist. Er schließt also nicht aus, daß der Sinn eines Antrags im Wege der Auslegung erforscht und der vielleicht unvollständige Antrag in dem durch die Auslegung gefundenen Sinne ergänzt wird.[1])

Für die Auslegung des auf Rückerstattung des Kaufpreises gerichteten Klageantrags kann nur der in dem Klageantrag zum Ausdruck gekommene Wille in Frage kommen[2]), wobei als Mittel für die Auslegung das in § 139 ZPO angeordnete richterliche Fragerecht in Betracht kommt[3]). Falls der Richter aber aus dem Antrage allein den Sinn desselben zu erforschen vermag, hat er ihn, auch ohne das Fragerecht zuvor ausgeübt zu haben, sinngemäß zu behandeln und gegebenenfalls zu ergänzen. Es kann demnach nicht bezweifelt werden, daß ein nur auf die Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises gerichteter Klageantrag auch vom Standpunkt der Vertragstheorie aus zur Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche ausreicht. In demselben Sinne erging eine auf den Boden der Vertragstheorie stehende Entscheidung des O. L. G. Marienwerder[4]), wo es heißt, „ein ausdrücklicher Antrag, daß der Kläger (es handelt sich offenbar um eine Widerklage) verurteilt werde, in die Wandlung einzuwilligen, ist hier zunächst nicht gestellt. Indes war er als stillschweigend gestellt zu erachten, weil der Beklagte diejenigen Folgerungen auszusprechen beantragt, die

[1]) Vgl. Stein-Jonas I. Bd., § 308 I, 1.
[2]) Vgl auch RG. Bd. 64, S. 67; Bd. 77, S. 127; Bd. 103, S. 170.
[3]) Ebenso Stein-Jonas I. Bd. Vorbem. V 2 zu § 128 ZPO.
[4]) Rechtsprechung Bd. IV, Nr. 13 a.

nur aus der erfolgten Wandlung sich ergeben können.“ Auch das Reichsgericht vertritt diesen Standpunkt[1]). Ohne der Frage der rechtlichen Konstruktion der Gewährleistungsansprüche näher zu treten und sich endgültig in dem einen oder anderen Sinne festzulegen, hat es ausgeführt, daß die Klage auf jeden Fall gleichgültig welche Theorie man vertritt, auch wenn der Antrag auf Rückerstattung des Kaufpreises gerichtet ist, als eine solche behandelt werden müsse, über die nach Maßgabe der näheren die Wandlung betreffenden Bestimmungen sachlich zu entscheiden ist. Mit anderen Worten hält das Reichsgericht auch bei Annahme der Vertragstheorie den auf Ausführung der Rückgängigmachung gerichteten Antrag für zulässig und ausreichend, ohne allerdings eine nähere Begründung hierfür zu geben.

Das auf Rückerstattung des Kaufpreises lautende Urteil darf nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, da es von der Rechtskraft der in Urteilstenor enthaltenen Verurteilung zur Abgabe der Wandlungserklärung abhängig ist[2]). *Schollmeyer* läßt zwar die vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung zu, erklärt aber eine Erzwingung der Rückgewährleistung vor Rechtskraft des den Wandlungsvollzug herstellenden Urteils für unzulässig. Diese Konstruktion

[1]) RG. Bd. 50 S. 189. Aus dessen Tatbestand ist zu entnehmen, daß der Antrag auf Rückerstattung des Kaufpreises und Befreiung der Verbindlichkeit ging und die Abweisung dieser Wandlungsklage nur deshalb erfolgte, weil der Kläger mit der Rückgewähr in Verzug gekommen ist. Vgl. ferner RG. Bd. 58 S. 423 ff.

[2]) So Flechtheim a. a. O. S. 76; Matthiaß DJZ. S. 207; Oertmann im „Recht“ 1904 S. 5; ähnlich auch Schollmeyer a. a. O. S. 32. A. A. Goldmann-Lilienthal § 135, 4b Anm. 17 S. 500 und Windscheid-Kipp II. Bd. § 395 Anm. 3a mit einer für seinen Standpunkt unzutreffenden Begründung. Hängt nämlich die auf Rückzahlung des Kaufpreises gehende Entscheidung von der Rechtskraft der auf Abschluß des Wandlungsvertrages gehenden gleichzeitig verkündeten Entscheidung ab, so ist eine Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit jener Entscheidung vor der Rechtskraft des Wandlungsurteils ausgeschlossen. — Ebenfalls sich widersprechend Schröder a. a. O. S. 49.

ist insofern widerspruchsvoll, als ein nicht vollstreckbares für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil eben nicht vorläufig vollstreckbar ist. Jedenfalls greifen diese Bedenken bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft des ersten den Wandlungsvollzug aussprechenden Urteils Platz.

In der Frage des Gerichtsstandes bei der Wandlungsklage gehen die Ansichten in Wissenschaft und Praxis in wesentlichen Punkten auseinander[1]). Für die Bestimmung des Gerichtsstandes ist die Vorschrift des § 29 ZPO. maßgeblich, wobei es sich in der Hauptsache darum handelt, die „streitige Verpflichtung" in dem Wandlungsprozesse festzustellen. Man wird allgemein als „streitige Verpflichtung" diejenigen anzusehen haben, über die unmittelbar die Entscheidung zu treffen ist. Ob dabei wichtige Vorfragen zu prüfen sind und das Gericht sich zunächst über diese schlüssig werden muß, kann an dieser Auffassung nichts ändern. Wird z. B. auf Zahlung des Kaufpreises geklagt und der Beklagte macht die Einrede des nichterfüllten Vertrages geltend, so hat das Gericht zunächst die Frage der Vertragserfüllung zu prüfen, um über den Klageanspruch entscheiden zu können; streitig im Sinne von § 29 ZPO. aber ist lediglich der Kaufpreis, nicht die zur Entscheidung dieses Anspruchs notwendige Vorfrage der Vertragserfüllung.

Nach der hier vertretenen Vertragstheorie wird zunächst auf Abgabe der Einwilligungserklärung des Verkäufers geklagt. Hierüber muß durch Richterspruch entschieden werden, sodaß es sich keineswegs nur um eine Vorfrage, sondern um eine den unmittelbaren Gegenstand des Prozesses bildende Frage handelt. Diese ist demnach unter Anwendung der oben getroffenen Feststellung der unmittelbar zur Entscheidung stehende Anspruch und als solcher „streitige Verpflichtung" im Sinne des § 29 ZPO.[2]). Ebenso

[1]) Es wird in dieser Frage auf die in allen Punkten zutreffenden Ausführungen von F. Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort S. 173 ff. verwiesen.

[2]) Die Herstellungstheorie, die bekanntlich die Klage unmittelbar auf Rückerstattung der gemachten Leistungen richtet, macht

verhält es sich, wenn die Klage auf Abgabe der Einwilligungserklärung mit der auf Rückerstattung der gemachten Leistung verbunden wird. Der zunächst zur richterlichen Entscheidung stehende Anspruch bleibt in jedem Falle die Abgabe der Einverständniserklärung. Hieraus folgt, daß der Gerichtsstand der Wandlungsklage stets derselbe bleibt und zwar nach § 269 BGB. am Wohnsitz des Beklagten liegt.

Eine weitverbreitete, insbesondere durch höchstrichterliche Entscheidungen bestärkte Ansicht nimmt eine zwischen den bestehenden Ansichten vermittelnde Stellung ein[1]). Zwar stimmt sie im Ergebnis mit der hier vertretenen Ansicht in dem Falle überein, wenn neben dem gerichtlich geltend gemachten Wandlungsbegehren gleichzeitig auf Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises geklagt wird. Sie hält hier die Rückzahlungspflicht des Beklagten, nicht aber wie es richtig wäre die Pflicht des Beklagten zur Einwilligung für maßgeblich und glaubt für den Fall, daß der Kaufpreis noch nicht bezahlt ist, anders entscheiden zu müssen, da hier die Verpflichtung des Käufers, die aufgehoben werden soll, streitig sein soll. Eine unhaltbare und unbillige Entscheidung! Es ist unerfindlich, worin ein Unterschied in der rechtlichen Beurteilung beider Fälle zu erblicken ist. In beiden Fällen kommt es auf die „streitige", das heißt die unmittelbar zur Entscheidung stehende Verpflichtung nämlich der Abgabe der Einwilligungserklärung des Verkäufers an. Uebrigens steht es nach der Ansicht der Lehre im Belieben des Käufers — wie bereits von *Leonhard* hervorgehoben wurde — nach seinem Gutdünken durch Zahlung oder Nichtzahlung des Kaufpreises den Gerichtsstand willkürlich zu bestimmen. Von einem solchen äußeren Umstand allein

hierdurch eine Anwendung des § 29 ZPO. unmöglich. Dies übersehen die Vertreter der Herstellungstheorie vollständig, indem sie stets § 29 ZPO. für anwendbar halten.

[1]) RG. Bd. IX S. 351, Bd. 27 S. 397, Bd. 31 S. 383, Bd. 49 S. 424, Bd. 55 S. 111, Bd. 57 S. 13; JW. 95, 59; RG. Bd. 97 S. 88, Bd. 98 S. 474, Bd. 99 S. 255; Warn. Rspr. 1918 S. 118; OLG. Nürnberg L. Z. 1919 S. 1281.

aber darf der Gerichtsstand in diesen sich so häufig wiederholenden und daher so wichtigen Fällen nicht abhängen, vielmehr bedarf es fester für alle Fälle passender Anhaltspunkte, wie sie allein von dem hier vertretenen Standpunkt aus gewährleistet werden.

Eine andere Lehrmeinung hält stets die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises für die streitige [1]). Diese Ansicht ist gewiß nicht richtig. Ist nämlich der Kaufpreis schon bezahlt, so kann die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises nicht mehr streitig sein, sie ist endgültig erledigt und es kann sich nur noch um die Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises handeln.

Nach einer vierten Ansicht endlich [2]) soll die Verpflichtung des beklagten Verkäufers zur Lieferung als die streitige anzusehen sein. Eine ebenfalls unhaltbare Ansicht, die mit den hier dargelegten leitenden Gesichtspunkten im Widerspruch steht, da die Lieferungspflicht des Verkäufers im Wandlungsprozesse für die Feststellung der streitigen Verpflichtung die untergeordnete Bedeutung einer Vorfrage hat.

B. Die Rechtsprechung über die Gewährleistungsansprüche.

Daß der Standpunkt der zweiten Kommission ein wohl begründeter war und nicht, wie *Merbach*[3]) unverständlicherweise behauptet, „auf gut Glück“ beruhte, ergibt sich aus der von ihr selbst gegebenen Begründung ihrer Auffassung über die rechtliche Natur des Wandlungsrechts,[4]) und wenn man einen Rückblick auf die bisher angestellten Erörterungen wirft, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die von der zweiten Kommission bei ihrer Beratung zu Grunde

[1]) RG. Bd. 52 S. 54; Gruchots Beitr. Bd. 29 S. 1084; Bd. 35 S. 434; J. W. Bd. 91 S. 87; ferner Oelenheinz, Arch. ziv. Prax. Bd. 89 S. 249 ff., Stein ZZP. Bd. 28 S. 418 ff.

[2]) Weismann, ZZP. Bd. 17 S. 21 ff.; Bozi, ZZP. Bd. 23 S. 297.

[3]) Merbach (Dissertation), Inhalt und Ziel des Rechts auf Wandlung. Vertrags- oder Restitutionstheorie? S. 46.

[4]) Vgl. Protokolle I S. 679 (zitiert auf Bl. 13).

gelegte Vertragstheorie auch ihre Verankerung im Gesetze gefunden hat. Der Herstellungstheorie ist es trotz ihrer vielgestaltigen heftigen Angriffe nicht gelungen, die Vertragstheorie in ihren Grundlagen zu erschüttern, vor allem aber — und das muß besonders hervorgehoben werden — sind die mit großem Nachdruck seitens aller Gegner vorgebrachten Bedenken gegen die Art der prozessualen Geltendmachung des Wandlungsanspruchs nach der Vertragstheorie durch die hier entwickelte Ansicht unbegründet. Denn keineswegs zwingt die Vertragstheorie zur doppelten Prozeßführung, aber weiterhin steht der Klageantrag nach der hier vertretenen Auffassung auch in keiner Weise an Einfachheit hinter demjenigen zurück, der auf Grund der Herstellungstheorie zu erheben wäre. Vermag die Herstellungstheorie demnach die Vertragstheorie weder aus den materiellen Vorschriften noch von prozessualen Gesichtspunkten aus zu widerlegen, so ist es um so verwunderlicher, daß trotz alledem hervorragende Kommentatoren wie *Staudinger*[1]) und *Planck*[2]) die ursprünglich von ihnen vertretene Vertragstheorie zugunsten der Herstellungstheorie aufgeben konnten, und sogar eine in letzter Zeit ergangene höchstrichterliche Entscheidung ihrem Wortlaut nach schließen läßt, daß sich das Reichsgericht endgültig der Herstellungstheorie angeschlossen hat.

Es ist erforderlich, der Vollständigkeit halber, eine kurze Darstellung der in dieser Frage ergangenen Rechtsprechung zu geben. Die bereits oben zitierte Entscheidung des OLG. Marienwerder bedeutet ein klares Bekenntnis zur Vertragstheorie und läßt entgegen der Auffassung *Thieles*[3]) keinen Zweifel an ihrer Stellungnahme aufkommen. Der Vorwurf *Thiele*'s, sie werfe ihre Theorie selbst wieder dadurch über

[1]) Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. II. Bd., § 462 BGB., Anm. IV D. S. 156.

[2]) Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse (besonderer Teil) § 462, Anm. 3 u. § 465, Anm. 1.

[3]) a. a. O. S. 395.

den Haufen, daß sie den auf Rückzahlung des Kaufpreises gerichteten Klageantrag für genügend erkläre, erledigt sich mit dem Hinweis auf die S. 39 ff. gepflogenen Erörterungen.[1])

Das Reichsgericht hat es in seiner Rechtsprechung sorgfältig vermieden, sich für die eine oder die andere Theorie auszusprechen und festzulegen. Es nimmt vielmehr eine zwischen den Theorien vermittelnde[2]), jedoch einen der Vertragstheorie außerordentlich nahestehenden Standpunkt ein und hat für die Praxis Rechtsgrundsätze in dreierlei Richtung entwickelt.

In der Bd. 58 S. 423 ff. der amtlichen Sammlung bekannt gemachten Entscheidung des Reichsgerichts war der Klageantrag seitens des Käufers sofort unmittelbar auf Befreiung von seiner Zahlungsverpflichtung aus dem Kaufvertrag gerichtet. Das Reichsgericht hat keinen zwingenden Anlaß gefunden, in vorliegendem Falle der rechtlichen Konstruktion des Wandlungsrechts näher zu treten, und zwar deshalb nicht, weil nach seinen Ausführungen der Klageantrag nicht allein von Standpunkte der Herstellungstheorie aus, sondern auch nach der Vertragstheorie als ausreichend anzusehen ist[3]) [4]).

Auf rechtsgeschäftlichem Wege hingegen gelangt die Wandlung nach Ansicht des Reichsgerichts nur dann zur Vollziehung, wenn sich der Verkäufer mit dem Wandlungsbegehren des Käufers einverstanden erklärt; also bietet mit anderen Worten außerprozessual der Vertragsschluß die einzige Möglichkeit zur Vollziehung der Wandlung.

Es bleibt dem Käufer nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts aber auch unbenommen, lediglich Verurteilung

[1]) Vgl. ferner im Sinne der Vertragstheorie OLG. Rspr. Bd. 20, Nr. 180a; Bd. 8, Nr. 44c; Bd. 12, Nr. 56b; Bd. 13, Nr. 415a; Bd. 16, Nr. 403, 404; Bd. 17, Nr. 308.

[2]) Vgl. RG. Bd. 59 S. 97; Bd. 108 S. 26; JW. 1913 S. 736.

[3]) Vgl. S. 36 ff.

[4]) In demselben Sinne ergingen die Entscheidungen RG. Bd. 58 S. 423; Bd. 66 S. 75; Bd. 69 S. 385, 389; Bd. 70 S. 198 u. 199; Bd. 94 S. 331.

des Verkäufers zur Abgabe der Einverständniserklärung zu beantragen [1])

Bei rechtlicher Würdigung dieser Grundsätze kann man m. E. von dem hier angenommenen Standpunkt aus kaum bestreiten, daß das Reichsgericht sehr stark zur Vertragstheorie hinneigt. Allerdings kann nicht geleugnet werden, daß es in einer neueren Entscheidung [2]) seine Auffassung ohne ersichtlichen Grund zu Gunsten der Herstellungstheorie geändert zu haben scheint, indem es ausführt „das Wandlungsverlangen des Käufers bedeutet nicht einen Antrag zum Vertragsschluß, sondern die Geltendmachung eines Anspruchs auf Rückgängigmachung des Kaufs mit der Wirkung, daß die Wandlung als vollzogen gilt, sobald sich der Verkäufer mit ihr einverstanden erklärt hat oder der Anspruch gerichtlich zugesprochen ist".

III. Kapitel.

Gibt es neben Gewährleistungsansprüchen noch einen Schadenersatzanspruch allgemeiner Natur?

A. Stellungnahme zu den in der Wissenschaft vertretenen Ansichten.

Nach den Sonderbestimmungen des BGB. §§ 459 ff. steht dem Käufer das Recht zu, im Falle des Vorliegens der dort angegebenen Voraussetzungen Wandlung, Minderung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Die Frage, ob hierdurch die Rechte des Käufers ausschließlich geregelt sind, sodaß kein Raum mehr für weitere Ansprüche verbleibt, oder ob ungeachtet dieser Sonderregelung eine Anwendung der allgemeinen Schadensersatzansprüche möglich ist, ist in der Wissenschaft bestritten, muß aber wohl im letzteren Sinne beantwortet werden.

Schon bei der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat die zweite Kommission [3]) die Auffassung abgelehnt, daß

[1]) RG. Warneyer 1913 Nr. 314.
[2]) Vgl. RG. in DJZ. 1925 S. 1335 ff.; „Das Recht" 1925 Nr. 928.
[3]) Vgl. Protokolle I S. 689.

die §§ 459 ff. BGB. eine abschließende Regelung darstellten, sie führten vielmehr aus, daß der Verkäufer Mängel, die erst nach Vertragsschließung auftreten nur zu vertreten habe, soweit ihm ein Verschulden zur Last falle.

Titze[1]) behauptet, die Absicht des Gesetzes, in den §§ 459 ff. eine erschöpfende Sonderregelung zu geben, ergebe sich aus § 463 u. 480 Abs. 2 BGB. Nach diesen ausdrücklichen Bestimmungen könne der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur dann verlangen, wenn der verkauften Sache entweder eine zugesicherte Eigenschaft fehle, oder der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen habe. Hieraus folge mittels argumentum e contrario, daß dem Käufer in den Fällen der Fehlerhaftigkeit einer Sache kein Schadensersatzanspruch zustehe, insbesondere auch dann nicht, wenn der Verkäufer bei Vertragsschluß oder Vertragserfüllung schuldhaft gehandelt habe. Die die Mängelgewähr behandelnden Bestimmungen der §§ 459 ff. BGB. seien demnach erschöpfend; weitere Rechte könne der Käufer nicht aus allgemeinen Grundsätzen herleiten.

Auf demselben Standpunkte steht *Eccius*,[2]) indem er ausführt, daß die Gewährleistungspflichten des Verkäufers in den §§ 459 ff. BGB. abschließend aufgeführt seien und die Anwendung einer sich aus allgemeinen Rechtssätzen ergebenden Entschädigungspflicht des Verkäufers für schuldhafte Vertragsverletzung damit ausgeschlossen sei.[3])

Dieser Auffassung ist die Mehrzahl der Schriftsteller[4])

[1]) Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem Bürgerlichem Recht S. 277.

[2]) Gruchots Beiträge Bd. 43, S. 306 ff.

[3]) Derselben Meinung auch Holländer im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 113, S. 126 u. Endemann a. a. O. § 161, Anm. 20, S. 989; vgl. ferner Dernburg, DJZ. 1903, 3.

[4]) So F. Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse VII, S. 51; Schröder a. a. O. S. 93 ff.; Enneccerus a. a. O. Staudinger a. a. O. Vorbem. I 5e zu §§ 459 ff. BGB; Planck a. a. O. Anm. 7b zu § 462 BGB; Müller im „Recht" 1902, Ziff. 22 u. RG. Bd. 52, S. 18 ff.; Bd. 53, S. 200; Bd. 67, S. 289 ff.; Crome a. a. O. § 150, III c; RG. in JW. 1920, S. 831; Warneyer 1922, 11; Oertmann in Ehrenbergs Handb. Bd. IV, 2, S. 272 ff, u. 323 ff.; ferner OLG, Bd. 5, S. 373, 375; Bd. 6, S. 227.

mit Recht entgegengetreten, da — wie weiter unten zu zeigen sein wird — der auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen beruhende Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Sorgfaltspflichten auf vollkommen anderen Voraussetzungen beruht wie die Gewährleistungsansprüche. Eine Verneinung derartiger Ansprüche würde aber auch eine grobe Unbilligkeit darstellen. Aus denselben Gründen verdient auch eine Mittelmeinung abgelehnt zu werden, die zwar die §§ 459 ff. BGB. nicht als erschöpfende Regelung ansieht, aber eine über die Gewährleistungspflichten hinausgehende Haftung nur für später eintretende, nicht für ursprüngliche Mängel zuläßt[1]).

Es kann ein neben den Gewährleistungspflichten bestehender, sich aus allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen ergebender Schadensersatzanspruch nicht geleugnet werden, obwohl das Gesetz hierüber vollkommen schweigt. Das Schweigen des Gesetzes allein jedoch kann nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein, denn allgemeine Grundsätze bleiben im Zweifel immer neben den Sondervorschriften bestehen. Dies gilt umsomehr in den Fällen, wo sich auf Grund von Billigkeitserwägungen die unabwendbare Notwendigkeit herausstellt, eine Lücke des Gesetzes im Wege der Analogie zu ergänzen.

In zahlreichen Fällen verstößt eine Vertragspartei gegen bestehende Vertragsverpflichtungen, ohne daß der Fall der Unmöglichkeit oder des Verzugs vorliegt; es handelt sich hier um die sogenannten positiven Vertragsverletzungen. Diese Art der schuldhaften Vertragsverletzung bei der Erfüllung wurde merkwürdigerweise vom Gesetzgeber völlig übersehen und hat im BGB. keine ausdrückliche Regelung gefunden. Es ist *Staubs* Verdienst[2]) hierauf zuerst aufmerksam gemacht und die Notwendigkeit einer Haftung für derartige Fälle dargetan zu haben. Es kann nicht näher auf die Konstruktionsversuche zur gesetz-

[1]) Vgl. F. Leonhard a. a. O. und die dort in Anm. 1 u. 2 zitierte Literatur.

[2]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen.

lichen Begründung dieser „positiven Vertragsverletzungen“ eingegangen werden, da hierdurch die der Arbeit gesteckte Grenze überschritten würde; nur soll soviel bemerkt werden, daß eine Begründung weder aus § 276 BGB. noch aus § 286 BGB. entwickelt werden kann, vielmehr angenommen werden muß, „daß die Regeln über Unmöglichkeit und Verzug nicht die einzige Ausnahme von dem Grundprinzip der Ersatzfreiheit enthalten“, die weiteren Ausnahmen aber im Wege der Analogie aus den §§ 280, 286 BGB. herzuleiten sind [1]). Besteht demnach noch Streit in der rechtlichen Begründung der positiven Vertragsverletzungen, so ist man jedenfalls im Ergebnis darüber einig, daß eine Haftung für derartige Fälle unerläßlich ist.

Eine Anwendung dieser auf positiver Vertragsverletzung gegründeten Schadensersatzpflicht neben den Gewährleistungsansprüchen steht nichts im Wege, da beide ihrer rechtlichen Natur und Voraussetzung nach völlig verschieden sind. Die Währschaftsansprüche der §§ 459 ff. BGB. setzen im Gegensatz zu dem Schadensersatzanspruch allgemeiner Natur zu ihrer Entstehung, wie sich unzweideutig aus dem Gesetze ergibt, keinerlei Verschulden auf Seiten des Verkäufers voraus [2]), sondern entstehen schon dann, wenn die Mängel in dem vom Gesetz als wesentlich bezeichneten Zeitpunkt vorliegen. Sie gründen sich, wie dies schon im römischen Recht der Fall war, auf die objektive Fehlerhaftigkeit der Sache, ohne ein Verschulden des Verkäufers als Voraussetzung aufzustellen [3]). Daß die

[1]) Vgl. hierzu Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht S. 278 ff. u. ders. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 96 S. 60 ff.; Kiß Arch. f. bürg. R Bd. 31 S. 178 ff. u. in Grünhuts Zeitschr. Bd. 32 S. 178; v. Blume Iherings Jahrb. Bd. 55 S. 231 ff.; F. Leonhard a. a. O. S. 50 f.; Krückmann im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 101 S. 190 ff.; a. M. Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 333 Anm. 13; Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 26 f ; Dörr im „Recht“ 1908 S. 207.

[2]) Vgl. Leonhard a. a. O. S 53.

[3]) Wenn Max Wolff in Gruchot Bd. 48 S. 508 davon spricht, daß die Rückgängigmachung des Vertrags zwar nicht vom Verkäufer

Verschuldensfrage bei den Währschaftsansprüchen nebensächlicher Natur ist, ergibt sich ebenfalls aus § 460 Satz 2 BGB., der nur bei grober Fahrlässigkeit des Käufers die Gewährleistungsansprüche ausschließt, nicht aber schon bei einfacher Fahrlässigkeit. Zweifelhaft kann es sein, ob auch der in den §§ 463, 480 Abs. 2 BGB. gegebene Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu den Währschaftsvorschriften gehört. Diese Frage ist zu bejahen, denn auch hier haftet der Verkäufer (abgesehen natürlich von dem subjektiven Moment der Arglist) nur wegen zugesicherter Eigenschaften, gleichgültig ob ihm bei Abgabe der Zusicherung ein Verschulden trifft oder nicht [1]).

Die Währschaftsansprüche stellen ferner eine nur für den Kauf bestimmte Sonderregelung dar, die nicht ohne weiteres auf andere Rechtsinstitute übertragbar ist, insbesondere, wie bereits *Leonhard* hervorgehoben hat, nicht auf den Dienstvertrag und auf den Werkvertrag nur bei bestimmten Voraussetzungen.

Die Gewährschaftsansprüche sind durch die Eigentümlichkeiten des Kaufs bedingt. Es muß dem Käufer die Gewähr gegeben werden, daß er auf jeden Fall, auch wenn der Verkäufer nicht schuldhaft handelt, vor einem ihm durch die Mangelhaftigkeit der Sache drohenden Schaden bewahrt bleibt. Würde dieser gesetzliche Schutz gegenüber dem Käufer fehlen, so müßte dies einen lähmenden Einfluß auf den Güteraustausch haben, da der Käufer in der ständigen

---

„verschuldet" im Rechtssinne sei, sondern aus Gründen verursacht sei, die nur in der Person des Veräußerers, nicht aber in der des Erwerbers liegen, widerspricht dies m. E. der oben dargelegten Auffassung nicht. Wolff sucht vielmehr nur hierdurch die der Regelung der Gewährleistungsansprüche zu Grunde liegenden gesetzgeberischen Motive zu erläutern.

[1]) Dies ist herrschende Meinung; so Schollmeyer, Iherings Jahrb. Bd. 49 S. 93 ff; A. S. Schultze a. a. O. S. 148 f.; F. Leonhard a. a. O. S. 54; Max Wolff a. a. O. S 44; v. Blume a. a. O. S. 209ff.; Staudinger a. a. O. Anm. 1a zu § 463 BGB.

Furcht, bei Mängel der Sache ohne Ersatz zu bleiben, vor Kaufabschlüssen zurückschrecken würde [1]).

Im Gegensatz zu den Währschaftsansprüchen stellt die Haftung für Verschulden bei Vertragserfüllung einen allgemeinen Grundsatz dar, der ungeachtet besonderer Regelung überall da zur Anwendung kommen kann, wo seine Voraussetzungen vorliegen.

Wenn demnach die Gewährschaftsvorschriften eine gänzlich andere Rechtsnatur haben wie der Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Nichterfüllung, der Tatbestand der letzteren auf jeden Fall den Gewährleistungstatbestand deckt, nicht aber umgekehrt, so steht nichts im Wege, neben den Gewährleistungsansprüchen den allgemeinen Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung zuzulassen [2]). Die Ausdehnung der Schadensersatzpflicht auf die oben erwähnten Fälle der schuldhaften Vertragsverletzung bei Vertragserfüllung genügt nicht, um die im Gesetz vorhandene Lücke vollkommen auszufüllen. Denn sehr häufig wird ein Schaden nicht erst bei Erfüllung des Vertrags hervorgerufen, sondern schon bei Abschluß des Vertrages durch das Verschulden einer Vertragspartei verursacht. Daß auch diese Fälle nicht ersatzfrei bleiben können und der Anschluß der Haftung eine grobe Unbilligkeit darstellen würde, wurde zuerst durch *Leonhard* [3]) erkannt, von ihm begründet und hat heute im wesentlichen allgemeine Anerkennung gefunden [4]). Es bedarf aus diesem

[1]) F. Leonhard a. a. O. S. 54.

[2]) Staudinger, Vorbem. zu den §§ 459 ff., 5e; E. Müller im „Recht" 1902 S. 541 ff. u. S. 576 ff.; RG. Bd. 52 S. 18 ff. Bd. 53 S. 200 ff; Bd. 67 S. 5, Bd 68 S. 192; JM. 09 S. 16; Crome a. a. O. § 150, III c; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 265 ff. Bd. 3 S. 197 ff.; Dernburg DJZ. 03,4. Hellbach im „Recht" 05 S. 7; Oertmann, Vorbem. zu § 459 2 b; Schröder a. a. O. S. 94 ff.

[3]) F. Leonhard, Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse.

[4]) Der Kommentar der Reichsgerichtsräte leidet den Abschnitt zu dieser Frage mit den Worten ein „Es gilt heute als ausgemachte Sache, daß eine Haftung auch schon durch ein schuldhaftes Verhalten

Grunde keines Eingehens mehr auf die zu dieser Frage gegebene Begründung.

Auch für die Fälle des Verschuldens beim Vertragsschlusse gilt hinsichtlich der Anwendung des allgemeinen Schadensersatzanspruchs neben den Sondervorschriften für die Gewährleistung das bereits oben hierzu Ausgeführte. Sie sind ebenfalls in ihren Grundlagen wesentlich verschieden von den Gewährleistungsansprüchen, sodaß auch sie neben denselben Anwendung zu finden haben.

Es versteht sich von selbst, daß der allgemeine Schadensersatzanspruch nur zum Ausgleich desjenigen Schadens dienen kann, der nicht schon durch Anwendung der Gewährleistungsansprüche getilgt worden ist.

B. Unterliegt der Schadensersatzanspruch allgemeiner Natur ebenfalls der kurzen Verjährung des § 477 BGB?

Läßt man einen Schadensersatzanspruch allgemeiner Natur bei schuldhafter Vertragserfüllung neben den Gewährleistungsansprüchen zu, so entsteht die Frage, ob der sich aus allgemeinen obligationenrechtlichen Gesichtspunkten ergebende Schadensersatzanspruch ebenfalls der kurzen sechsmonatigen Verjährung des § 477 BGB. unterworfen ist, oder ob nicht etwa die allgemeine dreißigjährige Verjährung Platz zu greifen hat.

Das Reichsgericht[1]) unterwirft den Anspruch wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung durch Analogieschluß der kurzen bei den Gewährleistungsansprüchen geltenden Verjährung (§ 477 BGB.). Es begründet seine Ansicht damit, daß bei diesem allgemeinen Schadensersatzanspruch dieselben Gründe zuträfen, die für die gesetzliche Regelung der

beim Vertragsschluß begründet werden und die Verletzung einer Pflicht schon in einem solchen Verhalten gefunden werden kann, vgl. auch die dort zahlreich angegebene Rechtssprechung.

[1]) RG. Bd. 53. S. 200; Bd. 56 S. 166; JW. 03 Beilage 34, 35; ebenso OLG. Bd. 12 S. 31; RG. in JW. 04 S. 59; RG. in Seuff. Arch. Bd. 58 S. 347; RG. in „Recht" 1913 Nr. 27.

Verjährungsvorschriften bei den Gewährleistungsansprüchen maßgeblich gewesen seien. Die vom Reichsgericht angegebenen Gründe bestehen darin, daß die nach längerer Zeit angestellte Ermittlung der Sachmängel mit Schwierigkeiten verknüpft ist, und man durch Einführung der kurzen Verjährungsfrist auf möglichst rasche Art eine klare Rechtslage schaffen wollte. Diese Ansicht ist zu billigen [1]).

Die gegnerische Meinung [2]) behauptet, daß der Gesetzgeber die kurze Verjährung, die eine Beschwerung der Rechtsstellung des Käufers bedeutet, zur Schaffung eines Ausgleichs gegenüber der bei der Mängelhaftung sehr strengen, sich auf den objektiven Mangel gründenden Haftung des Verkäufers aufgestellt habe; verringere sich aber die Haftungsstrenge für den Verkäufer, so müsse auch eine gleichzeitige Verlängerung der Verjährung eintreten. Die Gegner gehen von einer falschen Voraussetzung aus. Die kurze Verjährung greift nämlich nicht nur da Platz, wo sich die Haftung schon aus der Fehlerhaftigkeit der Sache selbst ergibt, sondern kommt auch in Fällen zur Anwendung, die zwar kein Verschulden des Verkäufers voraussetzen, wohl aber zur Begründung einer Ersatzpflicht mehr als den objektiven Mangel der Sache voraussetzen: z. B. bei dem Ersatzanspruch aus einer gegebenen Zusicherung (§ 463 BGB.) und dem Nachlieferungsanspruch. Für diese Fälle müßte nach der Auffassung der Gegner eine längere Verjährung bestehen, und doch sind auch sie der kurzen in § 477 BGB. bestimmten Verjährung unterworfen.

Der Schadensersatzanspruch wegen schuldhaft mangelhafter Erfüllung des Vertrages ist also der kurzen Verjährung des § 477 BGB. unterworfen. Was aber für diesen Anspruch gilt, trifft in demselben Umfange bei Verschulden beim Vertragsschluß zu, da beide Ansprüche wesensverwandt sind und auf derselben rechtlichen Grundlage beruhen.

[1]) Ebenso F. Leonhard a. a. O. S. 67; Müller DJZ. 1903 S. 389; Düringer-Hachenburg Bd. 3. S. 162.

[2]) Vgl. v. Blume, Iherings Jahrb. Bd. 55 S. 209 ff.; Schulze im Arch. f. bürg. R. Bd. 30 S. 143 ff.

Lebenslauf.

Als Sohn des *Erhardt Rößner* wurde ich am 22. Februar 1902 zu Frankfurt a. M. geboren. Ich besuchte daselbst die Westend-Mittelschule und die Klinger-Oberrealschule bis zum Jahre 1916. Nach mehrjährigem Besuch der Ludwigs-Oberrealschule in Darmstadt und der Oberrealschule in Worms legte ich an letzterer Ostern 1922 die Reifeprüfung ab. Ich widmete mich darauf dem Studium der Rechte an den Universitäten Heidelberg, Frankfurt a. M. und Marburg. Nach siebensemestrigem Studium bestand ich im Mai 1926 die erste juristische Staatsprüfung in Kassel und befinde mich zur Zeit im Ausbildungsdienst im Bezirk des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M.